



**01197/11/ET  
WP187**

**Arvamus 15/2011 nõusoleku määratluse kohta**

**Vastu võetud 13. juulil 2011**

Töörühm on asutatud direktiivi 95/46/EÜ artikli 29 alusel. Ta on Euroopa sõltumatu nõuandeorgan, kes tegeleb andmekaitse ja eraelu puutumatuse kaitsega. Tema ülesanded on määratletud direktiivi 95/46/EÜ artiklis 30 ja direktiivi 2002/58/EÜ artiklis 15.

Sekretariaadi ülesandeid täidab Euroopa Komisjoni õigusküsimuste peadirektoraadi direktoraat C (põhiõigused ja ELi kodakondsus), B-1049 Brüssel, Belgia, kabinet nr MO59 02/013.

Veebisait: [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/index\\_et.htm](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/index_et.htm).

## Kokkuvõte

Käesolevas arvamuses on esitatud põhjalik analüüs andmekaitsedirektiivis ning eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitlevas direktiivis kasutatud nõusoleku mõiste kohta. Arvamus sisaldab arvukaid artikli 29 töörühma liikmete kogemustel põhinevaid näiteid kehtiva ja kehtetu nõusoleku kohta, keskendudes selle põhielementidele, nagu mõistete „tahteavaldus”, „vabatahtlik”, „konkreetne”, „ühemõtteline”, „selgesõnaline”, „teadlik” jne tähendus. Arvamuses selgitatakse lähemalt teatavaid nõusoleku mõistega seotud küsimusi, näiteks millal tuleb nõusolek saada, mille poolest erineb nõusolekust õigus esitada vastuväiteid jne.

Nõusolek on üks mitmest isikuandmete töötlemise õiguslikust alusest. Sellel on tähtis roll, ent kontekstist sõltuvalt ei välista see, et nii vastutava töötleja kui ka andmesubjekti seisukohast võib mõni muu õiguslik alus olla asjakohasem. Nõuetekohase kasutamise korral on nõusoleku näol tegemist vahendiga, mis tagab andmesubjektile kontrolli tema andmete töötlemise üle. Väära kasutamise korral on andmesubjekti kontroll näilik ning nõusolek ei ole andmete töötlemiseks sobilik alus.

Käesolev arvamus anti välja osaliselt vastusena komisjoni taotlusele, mis esitati andmekaitsedirektiivi käimasoleva läbivaatamise raames. Seepärast sisaldab see soovitusi, mida läbivaatamise käigus kaaluda. Nimetatud soovitused hõlmavad järgmist:

- i) täpsustada „ühemõttelise” nõusoleku tähendust ja selgitada, et kehtivaks nõusolekuks loetakse üksnes sellist nõusolekut, mis põhineb nõustumist väljendaval avaldusel või tegevusel;
- ii) nõuda vastutavatelt andmetöötajatelt nõusoleku tõendamist võimaldavate vahendite loomist (üldise aruandekohustuse raames);
- iii) lisada sõnaselge nõue seoses nõusoleku aluseks oleva teabe kvaliteedi ja kättesaadavusega ning
- iv) mitu alaealisi ja muid õigusvõimeta isikuid käsitlevat soovitust.

## **TÖÖRÜHM ÜSIKISIKUTE KAITSEKS SEoses ISIKUANDMETE TÖÖTLEMISEGA,**

mis on moodustatud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 24. oktoobri 1995. aasta direktiiviga 95/46/EÜ,

võttes arvesse kõnealuse direktiivi artiklit 29 ning artikli 30 lõike 1 punkti a ja lõiget 3,

võttes arvesse oma töökorda,

### **ON VASTU VÕTNUD KÄESOLEVA ARVAMUSE**

#### **I. Sissejuhatus**

Andmesubjekti nõusolek on alati olnud üks peamistest andmekaitse põhimõtetest, kuid alati ei ole selge, millal on nõusolekut vaja ja millised tingimused peavad olema täidetud, et nõusolek oleks kehtiv. Seetõttu võib liikmesriikides esineda mitmesuguseid lähenemisviise ja arvamusid seoses hea tavaga. See võib nõrgestada andmesubjektide positsiooni. Nimetatud probleem on üha tõsisemaks muutunud, sest kaasaegses ühiskonnas on isikuandmete töötlemine nii veebikeskkonnas kui ka väljaspool seda väga oluline ning sageli osaleb selles mitu liikmesriiki. Seepärast otsustas artikli 29 tööriühm kõnealust teemat oma 2010.–2011. aasta tööprogrammis põhjalikult käsitleda.

Nõusolek on ka üks küsimus, mille kohta komisjon palus esitada seisukohti direktiivi 95/46/EÜ läbivaatamise kontekstis. Komisjoni teatises „Terviklik lähenemisviis isikuandmete kaitsele Euroopa Liidus”<sup>1</sup> on sätestatud järgmiselt: „Komisjon analüüsib nõusolekut käsitlevate eeskirjade täpsustamise ja tugevdamise viise”. Teatises on seda selgitatud<sup>2</sup> järgmiselt:

„Kui üksikisiku isikuandmete töötlemiseks nõutakse tema teadlikku nõusolekut, peaks see kehtivate õigusaktide kohaselt olema „vabatahtlik, konkreetne ja teadlik tahteavaldus”, millega ta annab nõusoleku töödelda oma isikuandmeid. Liikmesriikides tõlgendatakse sätestatud aga erinevalt: mõnes liikmesriigis nõutakse üldjuhul kirjalikku nõusolekut, teises piisab kaudsest nõusolekust.

Internetis, kus isikuandmete kaitse poliitika on läbipaistmatu, on üksikisikutel sageli veelgi keerulisem teada oma õigusi ja anda teadlik nõusolek. Selle muudab veelgi raskemaks asjaolu, et teatavatel juhtudel ei ole isegi selge, mida mõistetakse vabatahtliku, konkreetse ja teadliku nõusoleku all andmete töötlemisega. Nii on see näiteks käitumispõhise reklaami puhul, kus mõned peavad kasutaja nõusolekuks Interneti-brauseri seadeid.

<sup>1</sup> KOM(2010) 609 (lõplik), 4.11.2010.

<sup>2</sup> Juba komisjoni esimeses aruandes andmekaitse direktiivi 95/46/EÜ rakendamise kohta (KOM(2003)265 (lõplik)) on leheküljel 17 tähelestatud, et „elkõige tuleb „ühemõttelise nõusoleku” (artikli 7 punkt a) mõistet võrreldes „selgesõnalise nõusoleku” (artikkel 8) mõistega lähemalt selgitada ja ühtlasemalt tõlgendada. Ettevõtjad peavad teadma, mida kehtiv nõusolek tähendab, seda eriti veebikeskkonnas.”

Seega tuleks täpsustada andmesubjekti nõusoleku tingimusi, et teadlik nõusolek oleks alati tagatud ja et üksikisik oleks täiesti teadlik nii nõusoleku andmisest kui ka sellest, milliseid andmeid ta lubab töödelda. See oleks kooskõlas ELi põhiõiguste harta artikliga 8. Oluliste mõistete täpne määratlemine võib soodustada iseregulatsiooni algatusi ELi õigusega kooskõlas olevate praktiliste lahenduste väljatöötamiseks.”

Selleks, et vastata komisjoni taotlusele esitada seisukohad ning et viia ellu oma 2010.–2011. aasta tööprogramm, otsustas artikli 29 töörühm koostada arvamuse. Arvamuse eesmärk on olukorda selgitada ja tagada ühine arusaamine kehtivast õigusraamistikust. Samas järgitakse selles direktiivi peamisi sätteid käsitlevate varasemate arvamuste loogikat<sup>3</sup>. Kehtivasse raamistikku võimalike muudatuste tegemiseks kulub teatav aeg, seega on nõusoleku ja selle põhielementide praeguste mõistete selgitamisel oma eelised. Samuti aitab kehtivate sätete täpsustamine esile tuua need valdkonnad, mida tuleks parandada. Seega püütakse arvamuses analüüsi põhjal sõnastada poliitikasoovitused, mis oleksid komisjonile ja poliitikakujundajatele abiks andmekaitse valdkonnas kohaldatava õigusraamistiku muudatuste kaalumisel.

Käesoleva arvamuse sisu on järgmine: esmalt antakse ülevaade nõusoleku õiguslikust kujunemisest ja rollist andmekaitsealastes õigusaktides ning seejärel uuritakse eri elemente ja nõudeid, millest sõltub nõusoleku kehtivus kohaldatava õiguse, sealhulgas eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi 2002/58/EÜ mõningate asjakohaste osade alusel. Analüüsi on illustreeritud riikide kogemustel põhinevate praktiliste näidetega. Nimetatud analüüsi põhjal on arvamuse viimases osas esitatud soovitused, mille kohaselt peavad direktiivi alusel kehtiva nõusoleku taotlemiseks ja saamiseks kehtima teatavad tingimused. Ühtlasi esitatakse poliitikakujundajatele poliitikasoovitused, mida direktiivi 95/46/EÜ läbivaatamisel arvesse võtta.

## **II. Üldised tähelepanekud ja poliitikaküsimused**

### **II.1. Lühike eellugu**

Kuigi mõnes riigis seitsmekümnendatel aastatel vastuvõetud andmekaitset/eraelu puutumatust käsitlevates õigusaktides nähti ühe isikuandmete töötlemise õigusliku alusena ette nõusolek,<sup>4</sup> ei kajastunud see nõue Euroopa Nõukogu konventsioonis nr 108<sup>5</sup>. Ei ole mingeid ilmseid põhjuseid, miks nõusolekule ei ole konventsiooniga ette nähtud suuremat rolli<sup>6</sup>.

ELi tasandil on käsitatud nõusoleku kasutamist isikuandmete töötlemise toimingute seaduslikkuse tagamise kriteeriumina alates direktiivi 95/46/EÜ vastuvõtmisega

<sup>3</sup> Näiteks arvamus 8/2010 kohaldatava õiguse kohta, vastu võetud 16.12.2010 (WP 179), ja arvamus 1/2010 mõistete „vastutav töötleja” ja „volitatud töötleja” kohta, vastu võetud 16.2.2010 (WP 169).

<sup>4</sup> Vt nt Prantsusmaa 6. jaanuari 1978. aasta seaduse nr 78-17 „relative a l'informatique, aux fichiers et aux libertés” artikkel 31.

<sup>5</sup> Konventsioon üksikisikute kaitse kohta isikuandmete automaattöötlusel (seda nimetatakse „konventsiooniks nr 108”). Konventsioon jõustus 1. oktoobril 1985.

<sup>6</sup> Konventsioonis nr 108 võeti kasutusele mõisted „seaduslik töötlemine” ja „õiguspärane eesmärk” (artikkel 5), ent erinevalt direktiivist 95/46/EÜ ei ole selles loetletud seadusliku andmetöötlemise kriteeriumeid. Andmesubjekti nõusolekul oli tähtsus üksnes vastastikuse abistamise kontekstis (artikkel 15). Nõusoleku vajalikkust nimetati aga hiljem korduvalt ministrite komitee mitmesugustes soovitustes.

lõppenud seadusandliku menetluse algusest. 1990. aastal esitatud komisjoni ettepaneku<sup>7</sup> artiklis 12 on sätestatud tingimused, mille puhul nõusolek tagab andmetööstustoimingute seaduslikkuse: nimelt peab see olema „sõnaselgelt antud” ja „konkreetne”. Tundlike andmeid käsitleva artikli 17 kohaselt peab nõusolek olema „sõnaselge ja kirjalik”. 1992. aastal välja antud komisjoni muudetud ettepaneku<sup>8</sup> tekst, millega asendati algne artikkel 12, sarnanes „andmesubjekti nõusoleku” määratlusele praeguse direktiivi artikli 2 punktis g. Selle kohaselt peab nõusolek olema „vabatahtlik ja konkreetne”. Viide „sõnaselgelt antud” asendati sõnastusega, mille kohaselt nõusolek on „tema (andmesubjekti) sõnaselge tahteavaldus”. 1992. aasta muudetud ettepanekule lisatud seletuskirjas<sup>9</sup> on sedastatud, et nõusolek võib olla suuline või kirjalik. Tundlike andmete puhul kehtis jätkuvalt „kirjaliku” nõusoleku nõue. Komisjoni 1992. aasta muudetud ettepanekuga muudeti varasema ettepaneku ülesehitust ja lisati töötlemise õiguslikku alust käsitlev artikkel 7. Artikli 7 punkti a kohaselt on töötlemine lubatud juhul, kui „andmesubjekt on andnud oma nõusoleku” ning nagu praegu, sisaldas ka algne loetelu veel viit õiguslikku alust (lisaks nõusolekule), mida võib kasutada andmetöötlemise seaduslikkuse tagamiseks.

1995. aastal kehtestati nõukogu ühisseisukohas<sup>10</sup> nõusoleku lõplik (praegu kasutatav) mõiste. See määratleti järgmiselt: „iga vabatahtlik, konkreetne ja teadlik tahteavaldus, millega andmesubjekt annab nõusoleku töödelda tema kohta käivaid andmeid”. Peamine erinevus 1992. aasta ühisseisukohast oli sõnale „tahteavaldus” eelnenud sõna „sõnaselge” väljajätmine. Samas lisati sõna „ühemõtteline” artikli 7 punktile a, mis sõnastati järgmiselt: „kui andmesubjekt on selleks andnud oma ühemõttelise nõusoleku”. Tundlike andmete puhul asendati kirjaliku nõusoleku nõue „selgesõnalise nõusoleku” nõudega.

Nõukogu põhjendustes<sup>11</sup> ei ole nimetatud muudatusi eraldi selgitatud. Leheküljel 4 on aga märgitud, et „... on tehtud ... mitu muudatust, et ... luua teatav paindlikkus, mis tagab samaväärse kaitse, ... ent mille tagajärjel ei vähene kaitsetase; need võimaldavad kohaldada üldpõhimõtteid tõhusalt ja mittebürookraatlikult kooskõlas mitmesuguste ... andmetöötlemise viisidega”.

ELi põhiõiguste hartas on selgesõnaliselt tunnustatud nõusoleku rolli isikuandmete kaitsmisel. Artikli 8 lõikes 2 on sätestatud, et isikuandmeid tohib töödelda „asjaomase isiku nõusolekul või muul seaduses ettenähtud õiguslikul alusel”. Seega tunnustatakse nõusolekut olulise tahuna põhiõigusest isikuandmete kaitsesele. Samal ajal ei ole nõusolek harta kohaselt ainus isikuandmete töötlemist võimaldav õiguslik alus, vaid selles on selgesõnalt märgitud, et õigusaktides võib kehtestada ka muud seaduslikud alused, nagu on tehtud direktiivis 95/46/EÜ.

Kokkuvõttes näitab õigusloome kujunemine eriti ELi puhul, et nõusolekul on olnud tähtis roll andmekaitse ja eraelu puutumatus määratlemisel. Samal ajal näitab see, et nõusolekut ei ole käsitatud ainsa andmetööstustoimingute seaduslikkuse tagamise

<sup>7</sup> Ettepanek: direktiiv üksikisikute kaitse kohta seoses isikuandmete töötlemisega, KOM(90) 314 (lõplik), SYN 287 ja 288, Brüssel, 13. september 1990.

<sup>8</sup> Muudetud ettepanek: nõukogu direktiiv üksikisikute kaitse kohta seoses isikuandmete töötlemisega ja selliste andmete vaba liikumisega, KOM(92) 422 (lõplik), SYN 287, Brüssel, 15. oktoober 1992.

<sup>9</sup> Vt muudetud ettepanek: nõukogu direktiiv üksikisikute kaitse kohta seoses isikuandmete töötlemisega ja selliste andmete vaba liikumisega, KOM(92) 422 (lõplik), SYN 287, Brüssel, 15. oktoober 1992, lk 11.

<sup>10</sup> Nõukogu ühisseisukoht seoses Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi ettepanekuga üksikisikute kaitse kohta seoses isikuandmete töötlemisega ja selliste andmete vaba liikumisega, (00/287) COD, vastu võetud 15.3.95.

<sup>11</sup> Vt ühisseisukoht, lk 4.

õigusliku alusena. Direktiivi 95/46/EÜ ettevalmistavate materjalide põhjal valitseb kehtiva nõusoleku tingimuste osas suhteline üksmeel, nimelt peab see olema *vabatahtlik, konkreetne ja teadlik*. Ühtlasi ilmneb neist aga ka teatav ebakindlus seoses nõusoleku väljendamise viisidega – kas see peaks olema selgesõnaline, kirjalik jne. Seda küsimust analüüsitakse lähemalt allpool.

## **II.2. Mõiste roll: seaduslikkuse alus**

*Üldine/konkreetne alus:*

Direktiivis kasutatakse nõusolekut nii õiguspärasuse üldise alusena (artikkel 7) kui ka konkreetse alusena teatavates kindlates olukordades (artikli 8 lõike 2 punkt a, artikli 26 lõike 1 punkt a). Artiklis 7 on nõusolekut nimetatud esimesena kuuest erinevast alusest, mis tagavad isikuandmete töötlemise seaduslikkuse, samas kui artiklis 8 on ette nähtud võimalus kasutada nõusolekut (tundlike) andmete eriliikide seaduslikuks töötlemiseks, mis vastasel korral oleks keelatud. Viimasel juhul kehtivad nõusoleku saamisel rangemad nõuded, sest see peab olema üldnormist põhjalikum ehk „selgesõnaline”.

Peale selle on direktiiviga lubatud vastasmõju muude õigusaktidega, nagu on märgitud põhjenduses 23, mille kohaselt „liikmesriigid on volitatud tagama üksikisikute kaitset nii üldkohaldatavate õigusaktidega üksikisikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel kui ka teatavates sektorites kohaldatavate õigusaktidega”. Praktikas on selle süsteemi toimimine keeruline: liikmesriigid järgivad enda lähenemisviise ning mõnel juhul tekivad selle tulemusel erisused.

Nõusoleku mõistet ei ole riikide tasandil alati sõnasõnaliselt üle võetud. Näiteks Prantsuse andmekaitsealastes õigusaktides ei ole nõusolek üldmõistena määratletud, kuid selle tähendust on täpselt ja järjepidevalt selgitatud andmekaitseasutuse (CNIL) pädevusvaldkonnas, lähtudes andmekaitse direktiivis sisalduvast määratlusest. Ühendkuningriigis on see välja kujunenud tavaõiguse raames ning viidatud on direktiivi sõnastusele. Lisaks sellele on nõusolek mõnikord üksikasjalikult määratletud teatavates valdkondades, näiteks eraelu puutumatus ja elektroonilise side, e-valitsuse või e-tervishoiu kontekstis. Seega on konkreetsetes õigusaktides välja töötatud mõiste seotud üldistes andmekaitsealastes õigusaktides välja töötatud mõistega.

Nõusoleku mõistet kasutatakse ka muudes õigusvaldkondades, eriti lepinguõiguses. Selles kontekstis võetakse lepingu kehtivuse tagamisel arvesse ka muid, direktiivis nimetatamata kriteeriume, nagu vanus, põhjendamatu mõju jne. Tsiviilõiguse ja direktiivi reguleerimissala vahel ei ole vastuolusid, küll aga on kattuvusi: direktiivis ei ole käsitletud nõusoleku kehtivuse üldtingimusi tsiviilõiguse kontekstis, kuid neid ei ole ka välistatud. See tähendab näiteks seda, et lepingu kehtivuse hindamisel direktiivi artikli 7 lõike b kontekstis tuleb arvesse võtta tsiviilõiguse nõudeid. Lisaks tsiviilõiguse alusel nõusoleku kehtivust käsitlevate üldtingimuste kohaldamisele tuleb artikli 7 lõikes a nõutava nõusoleku tõlgendamisel võtta arvesse ka direktiivi artikli 2 lõiget h.

Selline vastasmõju teiste õigusaktidega on lisaks riiklikule tasandile ilmne ka Euroopa tasandil. Direktiivi elemente mõistetakse samamoodi ka muudes kontekstides, nagu

näitab Euroopa Kohtu kohtuotsus tööõiguse valdkonnas<sup>12</sup>: selles nõuti nõusolekut seoses sotsiaalõigusest loobumisega. Kohus tõlgendas nõusoleku mõistet töötaja korralduse teatavaid aspekte käsitleva direktiivi 93/104/EÜ kontekstis. Selles sedastati, et „töötaja nõusoleku” puhul on vaja töötaja enda nõusolekut (mitte ametiühingu nõusolekut töötaja nimel), ning et „nõusolek” (...) tähendab vabatahtlikku ja teadlikku nõustumist. Ühtlasi leiti kohtuotsuses, et kui töötaja sõlmib töölepingu, milles on viidatud töötaja ületamist võimaldavale kollektiivlepingule, ei vasta see tingimusele, et nõusolek peab olema antud vabatahtlikult ja sõnaselgelt, olles täielikult teadlik kõikidest asjaoludest. Selline tõlgendus nõusolekust konkreetses kontekstis on väga sarnane direktiivi 95/46/EÜ sõnastusele.

### *Nõusolek ei ole ainus õiguspärasuse alus*

Direktiivis on nõusolekut selgelt nimetatud õiguspärasuse alusena. Mõnes liikmesriigis käsitatakse seda aga eelistatud alusena, vahel peaaegu samaväärsena põhiseadusest tulenevale põhimõttele, mis on seotud andmekaitse kui põhiõiguse staatusega. Teistes liikmesriikides võidakse seda käsitada ühena kuuest võimalusest ehk tegevusliku nõudena, mis ei ole muudest võimalustest olulisem. Selgitades nõusoleku seoseid muude õiguspärasuse alustega – näiteks lepingute, üldiste huvide või vastutava töötaja õigustatud huvidega ja õigusega esitada vastuväiteid – on võimalik tõsta esile nõusoleku rolli konkreetsetel juhtudel.

Õiguslike aluste loetlemise järjekord artiklis 7 on tähtis, kuid see ei tähenda, et nõusolek on alati kõige asjakohasem alus isikuandmete töötlemise seaduslikkuse tagamiseks. Artiklis 7 on kõigepealt nimetatud nõusolekut ja seejärel loetletud muud alused, sealhulgas lepingud ja seadusjärgsed kohustused, liikudes järk-järgult huvide tasakaalu säilitamiseni. Tuleb tähele panna, et nõusolekule järgnevad viis alust peavad vastama vajalikkuse tingimusele, mis piirab rangelt nende kohaldamise konteksti. See ei tähenda, et nõusoleku saamise nõue annaks artiklis 7 nimetatud ülejäänud alustest rohkem tegutsemisruumi.

Lisaks sellele ei kao nõusoleku saamisega vastutava töötaja artiklist 6 tulenevad kohustused seoses õigluse, vajalikkuse ja proportsionaalsuse ning andmete kvaliteediga. Näiteks kui isikuandmete töötlemise aluseks on kasutaja nõusolek, ei ole seaduslik koguda andmeid, mis ületavad konkreetse otstarbe piire.

Samuti ei võimalda nõusoleku saamine hiilida mööda muudest sätetest, näiteks artikli 8 lõikest 5. Vaid väga piiratud asjaoludel võib nõusolek tagada vastasel korral keelatud andmetöötlustoimingute seaduslikkuse, nimelt seoses teatavate tundlike andmete töötlemisega (artikkel 8), või võimaldada isikuandmeid täiendavalt töödelda olenemata sellest, kas see on kooskõlas algse eesmärgiga. Põhimõtteliselt ei tohiks nõusolekut käsitada erandina muudest andmekaitse-eeskirjadest, vaid kaitsemeetmena. Peamiselt on selle näol tegemist õiguspärasuse tagamise alusega, mis ei tähenda muude põhimõtete kohaldamisest loobumist.

Kõige asjakohasema õigusliku aluse valik ei ole alati ilmne, eriti kui valida tuleb artikli 7 punktide a ja b vahel. Artikli 7 punkti b kohaselt peab töötlemine olema vajalik ainult lepingu täitmiseks või lepingu sõlmimisele eelnevate meetmete võtmiseks vastavalt

<sup>12</sup> Euroopa Kohtu otsus (suurkoda), 5. oktoober 2004, liidetud kohtuasjades C-397/01 kuni C-403/01: Pfeiffer, Roith, Süß, Winter, Nestvogel, Zeller, Döbele.

andmesubjekti taotlusele. Kui vastutav töötleja kasutab lepingu sõlmimise kontekstis õigusliku alusena artikli 7 punkti b, ei saa ta seda laiendada, et põhjendada andmete töötlemist määral, mis ületaks selleks vajalikku: täiendava töötlemise seaduslikkuse tagamiseks peab tal olema konkreetne nõusolek, mille suhtes kohaldatakse artikli 7 punkti a nõudeid. See näitab, et lepingutingimused peavad olema üksikasjalikud. Praktikast tähendab see seda, et töötlemise teatava osa puhul võib lisatingimusena olla vaja nõusolekut. Töötlemine peab olema lepingu täitmiseks vajalik või on selleks vaja saada (vabatahtlik) nõusolek.

Mõne tehingu puhul võib üheaegselt kohaldada mitut õiguslikku alust. Teiste sõnadega peab andmete töötlemine olema alati kooskõlas ühe või mitme õigusliku alusega. See ei välista mitme aluse samaaegset kasutamist, tingimusel et neid kasutatakse õiges kontekstis. Teatav andmete kogumine ja edasine töötlemine võib olla vajalik seoses andmesubjektiga sõlmitud lepinguga (artikli 7 punkt b), teatava töötlemise vajadus võib tuleneda seadusjärgse kohustuse täitmisest (artikli 7 punkt c), lisateabe kogumiseks võib vaja minna eraldi nõusolekut (artikli 7 punkt a) ning mõningane töötlemine võib olla seaduslik ka huvide tasakaalu alusel (artikli 7 punkt f).

**Näide: auto ostmine**

Vastutaval töötlejal võib olla õigus töödelda andmeid eri eesmärkidel ja erinevate õiguslike aluste põhjal:

- auto ostmiseks vajalikud andmed: artikli 7 punkt b;
- autodokumentide töötlemine: artikli 7 punkt c;
- kliendihaldusteenused (nt auto hooldamine muudes ELis asuvates sidusettevõtjates): artikli 7 punkt f;
- andmete edastamine kolmandatele isikutele nende turustamistegevuseks: artikli 7 punkt a.

### **II.3. Seotud mõisted**

#### *Kontroll*

Nõusoleku mõiste on tavapäraselt seotud põhimõttega, et andmesubjektil on kontroll oma andmete kasutamise üle. Põhiõiguste seisukohast on nõusoleku kaudu teostatav kontroll oluline põhimõte. Samal ajal ja samast vaatenurgast peaks kehtima ranged nõuded üksikisiku otsuse suhtes nõustuda andmetöötlemistoiminguga, arvestades eeskätt asjaolu, et nõusolekut andes võib isik loobuda mõnest oma põhiõigusest.

Kuigi nõusolekul on andmesubjektile kontrolli andmise puhul oma roll, ei ole see ainus võimalus seda teha. Direktiivis on sätestatud ka muud võimalused kontrolli teostamiseks, eelkõige õigus esitada vastuväiteid, kuid see on teistsugune vahend, mida kasutatakse töötlemise muus etapis, st pärast töötlemise algust, ja teisel õiguslikul alusel.

Nõusolek on seotud informatsioonilise enesemääramise õiguse põhimõttega. Andmesubjekti autonoomia on nii nõusoleku eeltingimus kui ka selle tagajärg: see võimaldab andmesubjektil mõjutada andmetöötlemist. Nagu järgmises peatükis



uuritakse, on sellel põhimõttel siiski teatavad piirid ning on juhtumeid, mil andmesubjektil ei ole võimalik tegelikku otsust teha. Vastutav töötleja võib soovida kasutada andmesubjekti nõusolekut vahendina, millega kanda enda vastutus üle üksikisikule. Nõustudes näiteks isikuandmete avaldamisega Internetis või nende edastamisega kolmandas riigis asuvale kahtlasele äriühingule, võib andmesubjekt saada kahju ning vastutav töötleja väita, et andmesubjekt on sellega nõustunud. Seepärast on oluline meenutada, et täielikult kehtiv nõusolek ei vabasta vastutavat töötlejat nõudest täita oma kohustusi ega muuda seaduslikuks töötlemist, mis vastasel korral oleks direktiivi artikli 6 kohaselt ebaõiglane.

Kontrolli mõiste on seotud ka asjaoluga, et andmesubjektil peab olema võimalus oma nõusolek tagasi võtta. Tagasivõtmine ei toimi tagasiulatavalt, ent põhimõtteliselt peaks see välistama üksikisiku andmete igasuguse edasise töötlemise vastutava andmetöötleja poolt. Selle toimimist tegelikkuses käsitletakse lähemalt allpool (III peatükk).

### *Läbipaistvus*

Nõusoleku teine mõõde on seotud teavitamisega ehk läbipaistvusega andmesubjekti suhtes. Läbipaistvus on kontrolli omamise ja nõusoleku kehtivuse tingimus. Iseenesest ei ole läbipaistvus isikuandmete töötlemise seaduslikuks muutmiseks piisav, kuid see on oluline tingimus nõusoleku kehtivuse tagamiseks.

Selleks, et nõusolek oleks kehtiv, peab see olema antud teadlikult. See tähendab, et nõusoleku taotlemise ajal tuleb edastada kogu vajalik teave, mis peab hõlmama sellise töötlemise sisulisi tahke, mille seaduslikkust soovitakse nõusolekuga tagada. Tavaliselt hõlmab see direktiivi artiklis 10 loetletud teavet, kuid see sõltub ka nõusoleku taotlemise ajast ja asjaoludest.

Sõltumata sellest, kas nõusolek antakse või mitte, on läbipaistvus andmete töötlemisel ka üks õigluse tagamise tingimus, millel on oma väärtus ka pärast esialgse teabe esitamist.

### *Tegevus/ajastus: nõusoleku andmise viisid*

Kõnealune kolmas mõõde on seotud kontrolli teostamise viisiga: kuidas saab nõusolekut väljendada ja kuidas tuleks seda taotleda, et tegemist oleks tegeliku nõusolekuga? Need küsimused määravad, mil viisil nõusolek antakse ja seda tõlgendatakse.

Kuigi direktiivis ei ole täpsustatud nõusoleku taotlemise aega, on sellele selgelt osutatud mitmesuguste sätete sõnastuses, mille kohaselt tuleb nõusolek üldreeglina saada enne töötlemise algust<sup>13</sup>. Nõusoleku saamine enne andmetöötluse algust on andmete töötlemise seaduslikkuse tagamise oluline tingimus. Seda küsimust on lähemalt käsitletud allpool peatükis III.B, kus arutatakse eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitlevat direktiivi.

Nõusolekut, mida käsitatakse üksikisiku loana töödelda tema kohta käivaid andmeid, võib väljendada mitmel viisil: artikli 2 punktis h on osutatud igale „tahteavaldusele”, see peab olema „ühemõtteline” (artikli 7 punkt a) ja tundlike andmete puhul

<sup>13</sup> Näiteks direktiivi saksakeelses versioonis (ja Saksamaa föderaalsetes andmekaitse seaduses) kasutatakse mõistet „*Einwilligung*”. Saksamaa tsiviilseadustikus on see mõiste määratletud kui „eelnev nõusolek”.

selgesõnaline (vastavalt artiklile 8). On aga väga oluline rõhutada, et nõusolek erineb artikliga 14 ette nähtud õigusest esitada vastuväiteid. Kui artikli 7 punkti a kohaselt ei tohi vastutav töötaja töödelda andmeid enne andmesubjektilt nõusoleku saamist, siis artikli 7 punkti f alusel saab ta teatavate tingimuste ja kaitsemeetmete korral andmeid töödelda, kui andmesubjekt ei ole esitanud vastuväiteid. Nagu on sätestatud töörühma töödokumendis nr 114, „[n]õusoleku olulisus tegevuse lubamisel seisneb selles, et nõusolek välistab de facto iga süsteemi, mille puhul andmesubjekt on õigus andmete edastamist vaidlustada alles pärast edastamise toimumist”<sup>14</sup>.

Nendel põhjustel ei tohi direktiivi artiklist 14 tulenevat vastuväite esitamise õigust ajada segi nõusolekuga. Viimatinimetatu on isikuandmete töötlemise õiguslik alus vastavalt artikli 7 punktile a, artikli 8 lõike 2 punktile a või artikli 26 lõikele 1 või nagu on ette nähtud direktiivi 2002/58/EÜ mitmesugustes sätetes.

#### **II.4. Nõusoleku asjakohane kasutamine õigusliku alusena**

Tuleb toonitada, et nõusolek ei ole alati peamine või eelistatuim viis isikuandmete töötlemise seaduslikkuse tagamiseks.

Mõnikord on nõusolek nõrk alus isikuandmete töötlemise põhjendamiseks ning selle väärtus kaob, kui seda laiendatakse või piiratakse, et sobitada see olukordadesse, kus selle kasutamine ei ole ette nähtud. Äärmiselt tähtis on kasutada nõusolekut n-õ õiges kontekstis. Kui seda kasutatakse ebasobilikel asjaoludel, mille puhul tõenäoliselt puuduvad kehtiva nõusoleku elemendid, tekitab see suurt haavatavust ning tegelikult *nõrgestab* andmesubjektide positsiooni.

Töörühm ja Euroopa andmekaitseinspektor on juba toetanud sellist lähenemisviisi uut andmekaitseraamistikku käsitlevates aruteludes. Eelkõige on väidetud, et „[a]lati ei ole ... selge, milles seisneb tõeline ühemõtteline nõusolek. Mõned andmete vastutavad töötlejad kasutavad kõnealust ebamäärasust ära oma huvides, tuginedes meetoditele, mis ei sobi tõelise ühemõttelise nõusoleku andmiseks”<sup>15</sup>, rikkudes direktiivi artikli 6 tingimusi. Samamoodi on artikli 29 töörühm täheldanud, et „mitmel juhul ületab andmekogumise tavade, ärimudelite, müüjatevaheliste suhete ja tehnoloogiliste rakenduste keerukus üksikisiku suutlikkuse või tahte teha otsuseid teabe kasutamise ja jagamise kontrollimise kohta aktiivsete valikute kaudu”<sup>16</sup>.

Seetõttu on oluline selgitada nõusoleku piiranguid ja veenduda, et nõusolekuna käsitatakse üksnes õiguseaktide kohaselt tõlgendatud nõusolekut<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Dokument WP 114 – artikli 29 töörühma 24. oktoobri 1995. aasta direktiivi 95/46/EÜ artikli 26 lõike 1 ühist tõlgendamist käsitlev töödokument.

<sup>15</sup> Euroopa andmekaitseinspektori 14. jaanuari 2011. aasta arvamus Euroopa Komisjoni teatise „Terviklik lähenemisviis isikuandmete kaitsele Euroopa Liidus” kohta.

<sup>16</sup> „Eraelu puutumatus tulevik. Ühispanus Euroopa Komisjoni arutellu isikuandmete kaitsmise põhiõiguse õigusliku raamistiku üle”, 1. detsember 2009, WP 168.

<sup>17</sup> Eespool viidatud Euroopa andmekaitseinspektori 14. jaanuari 2011. aasta arvamus.

### **III. Sätete analüüs**

Käesoleva analüüsi peatükis III.A keskendutakse direktiivile 95/46/EÜ. Peatükis III.B analüüsitakse eraelu puutumatus ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi 2002/58/EÜ mõnda asjakohast osa. Tuleb märkida, et nimetatud direktiivid ei ole teineteist välistavad. Direktiiviga 95/46/EÜ ette nähtud üldisi tingimusi nõusoleku kehtivuse suhtes kohaldatakse nii veebikeskkonnas kui ka väljaspool seda. Direktiivis 2002/58/EÜ on täpsustatud neid tingimusi teatavate sõnaselgelt kindlaksmääratud internetiteenuste puhul, pidades alati silmas andmekaitsedirektiivi üldtingimusi.

#### **III.A Direktiiv 95/46/EÜ**

Mõiste „andmesubjekti nõusolek” on määratletud artikli 2 punktis h ning järgnevalt on seda kasutatud artiklites 7, 8 ja 26. Nõusoleku rolli on nimetatud ka põhjendustes 30 ja 45. Käesolevas peatükis arutatakse eraldi kõnealuseid sätteid ja kõiki asjakohaseid üksikasju.

##### **III.A.1. Artikli 2 punkt h**

Artikli 2 punkti h kohaselt on andmesubjekti nõusolek „iga vabatahtlik, konkreetne ja teadlik tahteavaldus, millega andmesubjekt annab nõusoleku töödelda tema kohta käivaid andmeid”. See määratlus sisaldab erinevaid põhielemente, mida arutatakse allpool.

„... iga ... tahteavaldus ... millega andmesubjekt annab ...”

Nõusoleku vorm ei ole põhimõtteliselt piiratud. Selleks, et nõusolek oleks direktiivi kohaselt kehtiv, peab see aga olema tahteavaldus. Isegi kui tegemist võib olla „iga” tahteavalduse vormiga, peab olema selge, mida tahteavalduse määratlus võib täpselt hõlmata.

Tahteavalduse vorm (st viis, kuidas oma tahet väljendada) ei ole direktiivis määratletud. Paindlikkuse eesmärgil jäeti lõplikust tekstist välja „kirjalik” nõusolek. Tuleb rõhutada, et direktiivis on nimetatud „iga” tahteavaldust. See annab võimaluse sellise tahteavalduse ulatust laialt mõista. Tahteavalduse minimaalne väljendamine võib olla igasugune märk, mis on piisavalt selge, et näidata andmesubjekti tahet ja olla mõistetav vastutavale töötlejale. Sõnad „tahteavaldus” ja „annab” osutavad sellele, et tõepoolest on vaja teatavat tegevust (vastupidiselt olukorrale, kus nõusolekut võiks eeldada tegevusetuse põhjal).

Nõusolek peaks hõlmama iga tahteavaldust, millega andmesubjekt *annab* oma nõusoleku: selleks võib olla käsitsi kirjutatud allkiri pabervormi allservas, aga ka nõustumise suuline väljendamine või käitumine, mille alusel võib põhjendatult eeldada nõusolekut. Kui jätta välja allkirja klassikaline näide, siis võib kõnealuse määratluse raamesse jääda seega ka visiitkaardi jätmine klaasanumasse. Sama kehtib ka siis, kui üksikisik edastab organisatsioonile teabe saamiseks oma nime ja aadressi. Sel juhul tuleks tema tegu käsitada nõustumisena selliste andmete töötlemisega sel määral, mil see on vajalik tema taotluse töötlemiseks ja sellele vastamiseks.

Oma arvamuses asukohateabe kasutamise kohta lisaväärtusega teenuste osutamiseks (WP 115) hindas töörühm, kuidas tuleks üksikisikutel võimaldada nõustuda teenustega, mille puhul on vaja nende asukoha automaatset kindlakstegemist (nt võimalus helistada teataval telefoninumbri, et saada teavet ilmastikutingimuste kohta oma asukohas). Sellisel juhul on tunnistatud, et kui kasutajatele antakse eelnevalt kogu teave nende asukohaandmete töötlemise kohta, tähendab asjaomasel numbril helistamine nõustumist oma asukoha määramisega.

**Näide: Bluetoothi reklaamtahvlid**

Välja on kujunemas reklaamivahend reklaamtahvlitelt saadetavate sõnumite näol, millega möödujail palutakse luua Bluetoothi ühendus reklaamide saamiseks. Kõnealuseid sõnumeid saadetakse isikutele, kes on oma mobiiltelefonis aktiveerinud Bluetoothi seadme. Bluetoothi aktiveerimine üksi ei kujuta kehtivat nõusolekut (st et Bluetoothi võib aktiveerida ka muudel eesmärkidel). Teiselt poolt, kui isikut on teenusest teavitatud ja ta läheneb oma mobiiltelefoniga mõne sentimeetri kaugusele tahvlit, on tavamõistes tegemist tahteavaldusega: see näitab, kes on tegelikult huvitatud reklaami saamisest. Nõusoleku andmist saab eeldada ainult selliste isikute puhul ja vaid nende telefonidesse tuleks reklaami saata.

On küsitav, kas teatava käitumise puudumist – ehk täpsemalt väljendudes passiivset käitumist – võib väga konkreetsetel asjaoludel (st täiesti ühemõttelises olukorras) samuti tõlgendada tahteavaldusena. Mõiste „tahteavaldus” on lai, kuid see paistab viitavat tegutsemise vajalikkusele. Sellist tõlgendust toetavad muud nõusoleku määratluse elemendid ning artikli 7 punktis a sisalduv lisanõue, mille kohaselt nõusolek peab olema ühemõtteline. Tingimus, et andmesubjekt peab „andma” oma nõusoleku, tundub osutavat, et tegevusetus üksi ei ole piisav ja et nõusoleku tagamiseks on vaja teatavat tegevust, kuigi võimalik võib olla mitut liiki tegevus, mida tuleb hinnata asjaomas kontekstis.

Praktikas on vastutaval töötlejal andmesubjekti aktiivse tegevuse puudumisel raske tõendada, kas vaikimine tähendab nõustumist või nõusolekut. Näiteks ei pruugi vastutaval andmetöötlejal olla nõusoleku eeldamiseks nõutavat kindlust järgmisel juhul: kujutlegem olukorda, kus klientidele saadetakse kiri, milles neile teatatakse nende andmete edastamisest, kui nad ei esita selle kohta kahe nädala jooksul vastuväiteid, ning üksnes 10% klientidest vastab sellele. Selle näite puhul võib vaidlustada asjaolu, et 90% vastamata jätnud klientidest oli andmete edastamisega tegelikult nõus. Sellistel juhtudel ei ole andmesubjektide kavatsused vastutavale andmetöötlejale selged. Lisaks sellele puuduvad tal tõendid ja seepärast ei suuda ta nõusoleku saamist näidata. Tegelikuses on passiivse reaktsiooni mitmetähenduslikkuse tõttu keeruline direktiivi nõudeid täita.

„... vabatahtlik ...”

Nõusolek saab olla kehtiv üksnes siis, kui andmesubjektil on võimalik teha tegelik valik ning puudub pettuse, heidutamise, sundimise või märkimisväärsete negatiivsete tagajärgede oht nõusolekust keeldumise korral. Kui nõustumise tagajärjed õnestavad üksikisiku valikuvabadust, ei ole tegemist vabatahtliku nõusolekuga. Direktiivi artikli 8 lõike 2 punktiga a on ette nähtud, et mõnes liikmesriikide kindlaksmääratavas olukorras ei saa andmesubjekti nõusolek tühistada isikuandmete eriliikide töötlemise keeldu.

Näiteks eespool kirjeldatu kohta sobib juhtum, mille puhul on andmesubjekt vastutava andmetöötleva mõju all, näiteks töösuhtes. Sellise näite puhul võib, kuid ei pruugi andmesubjekt vastutavast andmetöötlevast nende suhte laadi või eriasjaolude tõttu sõltuda ja karta, et andmetöötlemisega mittenoustumise korral võidakse teda teistmoodi kohelda.

Töörühm on mitmes oma arvamuses uurinud nõusoleku piiranguid olukordades, kus seda ei saa anda vabatahtlikult. Nimelt on seda tehtud arvamustes elektrooniliste tervisekaartide kohta (WP 131), andmete töötlemise kohta tööhõive kontekstis (WP 48) ja andmete töötlemise kohta Maailma Dopinguvastase Võitluse Agentuuri poolt (WP 162).

Dokumendis WP 131 täheldas töörühm, et „vabatahtlik tähendab vaba otsust, mille on ilma mis tahes välise (ühiskondliku, rahalise, psühholoogilise või muu) mõjutuseta teinud vaimselt terve isik. Vabaks ei saa pidada nõusolekut, mis on antud ravimata jätmise või madalama kvaliteediga ravi andmise ähvardusel ... [K]ui tervishoiutöötaja peab töötleva elektroonilises tervisekaardisüsteemis olevaid isikuandmeid, kuna see on hädavajalik meditsiinilise olukorra tõttu, siis oleks eksitav püüda töötlemist õiguspärastada nõusoleku taotlemisega. Nõusolekut tuleks taotleda vaid juhtudel, kui andmesubjektil on tegelikult võimalik vabalt valida ja tal on võimalik oma nõusolek tagasi võtta ilma kahju kannatamata”<sup>18</sup>.

Kui pärast nõusoleku tagasivõtmist jätkub andmete töötlemine mõnel muul õiguslikul alusel, võib seada kahtluse alla nõusoleku algse kasutamise esmase õigusliku alusena: kui töötlemine oleks algusest peale võinud toimuda kõnealusel teisel õiguslikul alusel, võib üksikisiku panemist olukorda, kus tal palutakse töötlemisega nõustuda, käsitada eksitava või sisuliselt ebaõiglasena. Olukord oleks teistsugune juhul, kui asjaolud muutuvad, näiteks kui muu õiguslik alus ilmneb töötlemise käigus, näiteks antakse välja asjaomast andmebaasi reguleeriv uus õigusakt. Kui uue õigusliku aluse kohaldamine andmetöötlemise suhtes on kehtiv, võib töötlemine jätkuda. Praktikas esineb selliseid asjaolusid aga harva. Nõusolekut võib põhimõtteliselt pidada puudulikuks, kui selle tegelik tagasivõtmine ei ole lubatud.

Töörühma seisukoht vabatahtliku nõusoleku tõlgendamise suhtes tööhõive kontekstis on olnud järjepidev<sup>19</sup>: „kui töötajalt on vaja saada nõusolek ning selle andmata jätmisega võib kaasneda tegelik või potentsiaalne eelarvamus, ei ole nõusolek artikli 7 või artikli 8 täitmise osas kehtiv, kuna see ei ole vabatahtlik. Kui töötaja ei saa keelduda, ei ole tegemist nõusolekuga ... Keeruline valdkond on nõusoleku andmine töölevõtmise tingimusena. Teoreetiliselt on töötajal võimalik nõusoleku andmisest keelduda, kuid selle tagajärjel võib ta kaotada töövõimaluse. Sellistel asjaoludel ei ole nõusolek antud vabatahtlikult ega ole seega kehtiv. Olukord on veelgi ühesem juhul, kui kõik tööandjad kehtestavad töölevõtmisel ühesuguse või sarnase tingimuse, nagu seda sageli tehakse”.

---

<sup>18</sup> Maailma Dopinguvastase Võitluse Agentuuri (WADA) käsitlevas dokumendis WP 162 jõutakse samale järeldusele: „Kuna osalejatele on koodeksis sätestatud nõuete (näiteks asukohateabe esitamine) täitmisest keeldumise korral ette nähtud nii sanktsioonid kui ka sellega kaasnevad tagajärjed, ei saa töörühm nõusolekut kuidagi vabatahtlikuks pidada”.

<sup>19</sup> Dokument WP 48 isikuandmete töötlemise kohta tööhõive kontekstis. Siinkohal on asjakohane ka dokument WP 114 – artikli 29 töörühma 24. oktoobri 1995. aasta direktiivi 95/46/EÜ artikli 26 lõike 1 ühist tõlgendamist käsitlev töödokument.

**Näide: sisevõrgus avaldatavad fotod**

Tööhõive kontekstis antud nõusolek võib olla kehtiv, nagu tõendab järgmine näide: ettevõtja otsustab luua sisevõrgu, kus on ära toodud töötajate nimed ja põhiülesanded. Isikutel, kes soovivad laadida üles ka oma foto, palutakse saata see teataval aadressil. Piisava teabe esitamise korral käsitatakse isiku tegevust (foto saatmist) nõusolekuna. Kui ettevõtjal on kõikide töötajate digitaalkujul fotod olemas ja ta küsib igahelst nõusolekut nende üleslaadimiseks eespool nimetatud eesmärgil, loetakse kehtiva nõusoleku andmiseks ka seda, kui töötaja klõpsab oma nõusoleku andmiseks asjaomasel nupul. Mõlemal juhul võetakse täiel määral arvesse töötajate valikut avaldada oma foto sisevõrgus või mitte.

Tööhõive konteksti tuleb eraldi arutada: selles kontekstis on oma roll töösuhte kultuurilistel ja ühiskondlikel tahkudel ning andmekaitsepõhimõtete vastasmõjul muude õigusaktidega. Tööhõive kontekstis võib isikuandmeid töödelda mitmel eesmärgil:

- töötaja ülesannete täitmiseks vajalikud andmed: artikli 7 punkti b kohaldamine – töötlemine on vajalik lepingu täitmiseks;
- et teha kindlaks töötaja õigus aktsiaoptsioonidele: see võib toimuda nõusoleku alusel (artikli 7 punkt a) või seda võib käsitada lepingulise töösuhte haldustahkudega kaasnevana (artikli 7 punkt b);
- sotsiaalkindlustusnumbri töötlemine sotsiaalkindlustusega seotud eesmärkidel: artikli 7 punkt c – seadusjärgne kohustus, või artikli 8 punkt b – kohustused tööõiguse valdkonnas;
- etnilist päritolu käsitlevate andmete töötlemine: mõnes riigis võib ka siinkohal olla tegemist tööõigusest tuleneva kohustusega (artikli 8 punkt b), samas kui teistes riikides on see rangelt keelatud.

Võidakse küll eeldada, et nõusolek jääb sellises kontekstis nõrgaks, kuid see ei välista täielikult selle kasutamist, kui on piisavad tagatised, et nõusolek on tõeliselt vabatahtlik.

Kuigi sageli on alluvussuhe peamine põhjus, millest tulenevalt nõusolek ei pruugi olla vabatahtlik, võivad andmesubjekti otsust mõjutada ka muud kontekstist tulenevad asjaolud. Tegemist võib olla näiteks rahalise, emotsionaalse või praktilise mõõtmega. Teataval määral võib andmesubjekti mõjutada ka asjaolu, et andmeid koguvad ametivõimud. Lihtsaid ajendeid ja andmesubjekti valikuvabadust tõeliselt mõjutavaid tegureid võib aga olla raske eristada. Allpool esitatud näidetega püütakse illustreerida eri laadi jõupingutusi või kulusid, mis võivad mõjutada üksikisikute otsuseid.

**Näide: elektroonilised tervisekaardid**

Paljud liikmesriigid liiguvad patsientide terviseandmete elektrooniliste kokkuvõtete koostamise suunas. See võimaldab tervishoiuteenuste osutajail saada kätte põhiaandmeid alati, kui patsient vajab ravi.

- Esimese stsenaariumi kohaselt on tervisekaardi kokkuvõtte koostamine täielikult vabatahtlik ning patsienti ravitakse olenemata sellest, kas ta on andnud selleks oma nõusoleku või mitte. Sellisel juhul antakse nõusolek tervisekaardi kokkuvõtte koostamiseks vabatahtlikult, sest nõusoleku andmata jätmise korral ei muutu patsiendi olukord ebasoodsamaks.

- Teise stsenaariumi puhul kaasneb e-tervisekaardi valimisega tagasihoidlik rahaline stiimul. E-tervisekaardist keelduvad patsiendid ei satu ebasoodsamasse olukorda selles suhtes, et nende jaoks kulud ei muutu. Ka siinkohal võib leida, et nad saavad uue süsteemiga vabatahtlikult nõustuda või seda mitte teha.

- Kolmanda stsenaariumi korral kaasnevad e-tervishoiusüsteemist keelduvatele isikutele eelneva hinnakirjaga võrreldes märkimisväärsed lisakulud ning olulised viivitused nende toimikute töötlemisel. See tähendab nõusolekut mitte andvate patsientide jaoks ilmselgelt ebasoodsamat olukorda, sest eesmärk on tuua kõik kodanikud ettenähtud tähtjaks e-tervishoiusüsteemi alla. Seepärast ei ole nõusolek piisavalt vabatahtlik. Seega tuleks uurida ka muude isikuandmete töötlemise seaduslike aluste olemasolu või direktiivi 95/46/EÜ artikli 8 lõike 3 kohaldamist.

### **Näide: kehaskannerid**

Mõnedes avalikes kohtades on hakatud kasutama kehaskannereid, seda eeskätt lennujaamades pardallemineku alale pääsemiseks. Arvestades seda, et skanneri kasutamise ajal toimub andmete töötlemine<sup>20</sup>, peab see olema kooskõlas ühe artikli 7 kohase õigusliku alusega. Mõnikord väidetakse reisijaile, et kehaskannerist läbimine on nende valik, mis osutab sellele, et töötlemine võib olla õigustatud nõusolekuga. Kehaskanneri läbimisest keeldumine võib aga tekitada kahtlusi või tuua kaasa lisakontrolli, näiteks keha läbiotsimise. Paljud reisijad nõustuvad kehaskanneri läbimisega, sest seda tehes välistavad nad võimalikud probleemid või viivitused, kuna nende põhiprioriteet on pääseda õigel ajal lennukile. Selline nõusolek ei ole piisavalt vabatahtlik. Kuna töötlemise vajalikkus (avaliku julgeoleku eesmärgil) peab olema tõendatud, ei tohiks seaduslikuks aluseks olla artikli 7 punkt a, vaid seadusandja akt (artikli 7 punkt c või e), millest tuleneb reisijate kohustus teha koostööd. Kehaskanneri kasutamise alus peaks seega olema asjaomane õigusakt: ka sellega tuleks ette näha võimalus valida kehaskanneri ja läbiotsimise vahel, ent see valik tuleks üksikisikule esitada täiendava võimalusena ja osana lisameetmetest.

Isikuandmete töötlemise õigusliku aluse valikul võib olla otsustav ka vastutava andmetöötleva olemus. See on tõsi eeskätt avaliku sektori vastutavate andmetöötlevate puhul, kui andmete töötlemine on tavaliselt seotud artikli 7 punktis c nimetatud seadusjärgse kohustuse täitmisega või artikli 7 punktis e nimetatud üldiste huvidega seotud ülesannete täitmisega. Sellest tulenevalt ei ole asjaomase üksikisiku nõusoleku kasutamine andmetöötluse seaduslikkuse tagamiseks sobilik õiguslik alus. See on eriti selge juhul, kui isikuandmeid töötlevad ulatuslike ametlike volitustega ametiasutused, näiteks õiguskaitseasutused, kes täidavad oma ülesandeid politseitöö ja õigusemõistmise vallas. Politseiasutused ei saa tugineda üksikisiku nõusolekule meetmete puhul, mida ei ole seadusega ette nähtud või mis oleksid vastasel korral keelatud.

Sellest hoolimata tuleb tunnistada, et kuigi riikidel võib olla seadusjärgne kohustus isikuandmeid töödelda, ei ole üksikisikul alati kohustust teha koostööd. Selline olukord

<sup>20</sup> Vt artikli 29 töörühma esimehe 11. veebruari 2009. aasta kiri kehaskannerite kohta energia- ja transpordi peadirektoraadi direktorile Daniel CALLEJA CRESPO-le vastusena komisjoni konsultatsioonile „Lennundusjulgestuse vahendite ja kehaskannerite mõju inimõigustele, privaatsusele, inimväärikusele ja andmekaitsele”. Kättesaadav aadressil [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/workinggroup/wpdocs/2009-others\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/workinggroup/wpdocs/2009-others_en.htm).

võib esineda juhul, kui andmesubjektidele pakutakse nn lisaväärtusteenuseid, mida nad võivad otsustada kasutada või mitte. Ent enamikul juhtudel on töötlemine tegelikult kohustuslik. Sageli ei ole lihtne kindlaks teha, kas isikuandmete töötlemine avalikes asutustes tugineb õiguspäraselt üksikisiku nõusolekule. Seepärast kasutatakse avalikus sektoris isikuandmete töötlemisel tihti kombineeritud süsteeme, mille tulemuseks võib olla ebakindlus ja väärkasutamine, kui seda põhjendatakse ebaõigelt nõusolekuga.

Kuigi erandjuhtudel võib nõusolek olla riikide jaoks isikuandmete töötlemisel kehtiv alus, tuleb iga juhtumit hoolikalt eraldi kontrollida ning hinnata, kas nõusolek on tõepoolest piisavalt vabatahtlik. Nagu ilmneb järgmistest näidetest, ei tulene töötlemise seaduslikkuse õiguslik alus juhul, kui vastutav andmetöötaja on ametiasutus, mitte nõusolekust, vaid seadusjärgse kohustuse täitmisest kooskõlas artikli 7 punktiga c või üldiste huvidega seotud ülesande täitmisest kooskõlas artikli 7 punktiga e.

**Näide: e-valitsus**

Liikmesriikides töötatakse välja uusi ID-kaarte, mille kiip hõlmab elektroonilisi funktsioone. Kaardi kaudu pakutavate elektrooniliste teenuste aktiveerimine ei pruugi olla kohustuslik. Ent ilma teenuste aktiveerimiseta võib kasutajal puududa juurdepääs teatavatele haldusteenustele, mida ilma kaardita on väga keeruline kasutada (teatavate teenuste viimine veebikeskkonda, kontorite lahtiolekuaegade lühendamise). Ei saa väita, et nõusolek on seaduslik alus töötlemise põhjendamiseks. Antud juhul peaks sobilik alus olema õigusakt, millega on korraldatud e-teenuste arendamine koos kõikide asjaomaste kaitsemeetmetega.

**Näide: broneeringuinfo**

Arutatud on küsimust, kas reisijate nõusolekut võib õiguspäraselt kasutada selleks, et muuta seaduslikuks broneeringuinfo edastamine Euroopa lennuettevõtjate poolt Ameerika Ühendriikide ametivõimudele. Töörühm leiab, et reisijad ei saa anda oma nõusolekut vabatahtlikult, sest lennuettevõtjad peavad edastama asjaomased andmed enne lennu väljumist ning kui reisijad soovivad lennata, puudub neil tegelik valik<sup>21</sup>. Siinkohal ei ole õiguslik alus mitte reisija nõusolek, vaid ELi ja Ameerika Ühendriikide vahelise broneeringuinfo töötlemist ja edastamist käsitleva rahvusvahelise lepinguga ettenähtud kohustused vastavalt artikli 7 punktile c.

**Näide: rahvaloendus**

Rahvaloenduse käigus palutakse elanikel vastata mitmele küsimusele, mis käsitlevad nende isiklikku ja ametialast olukorda. Nimetatud küsimustele vastamine on kohustuslik. Peale selle hõlmab loendus ka küsimust isiku kasutatava transpordivahendi kohta, mille puhul on selgelt märgitud, et vastamine on vabatahtlik. Kuigi rahvaloenduse põhiosa puhul ei ole ilmselgelt tegemist vabatahtliku nõusolekuga, võib viimasele mittekohustuslikule küsimusele vastamise üle vabalt otsustada. See ei tohiks aga varjutada asjaolu, et riigi peamine eesmärk küsimustiku väljaandmisel on saada vastuseid. Üldiselt ei ole nõusolek selles kontekstis kehtiv alus.

<sup>21</sup> Vt artikli 29 töörühma arvamus 6/2002 reisijaandmete ja muude andmete edastamise kohta lennuettevõtjalt Ameerika Ühendriikidele.



„... konkreetne ...”

Selleks, et nõusolek oleks kehtiv, peab see olema konkreetne. Teiste sõnadega ei ole vastuvõetav kõikehõlmav nõusolek, mille puhul ei ole nimetatud töötlemise täpsed eesmärgid.

Konkreetne nõusolek peab olema teadlik: selle puhul peab olema selgelt ja täpselt viidatud andmetöötlemise ulatusele ja tagajärgedele. Nõusolekut ei saa kohaldada kindlalt määratlemata töötlemistoimingute suhtes. Teiste sõnadega tähendab see, et nõusoleku kohaldamise kontekst on piiratud.

Nõusolek tuleb anda töötlemise erinevate ja selgelt kindlaksmääratud tahkude kohta. Nimelt peab nõusolek hõlmama seda, milliseid andmeid ja mis eesmärgil töödeldakse. Selline arusaam peaks põhinema osapoolte põhjendatud ootustel. Seepärast on „konkreetne nõusolek” lahutamatu seotud tingimusega, et nõusolek peab olema teadlik. Nõusoleku puhul nõutakse kõikide andmetöötlemise eri elementide üksikasjalikku täpsustamist ning nõusolek ei saa hõlmata kõiki vastutava andmetöötleja „õiguspäraseid eesmärgid”. Nõusolek peaks osutama töötlemisele, mis on põhjendatud ja vajalik seoses selle eesmärgiga.

Põhimõtteliselt peaks olema piisav, kui vastutav töötleja saab ainult ühel korral nõusoleku eri toiminguteks, kui need jäävad andmesubjekti põhjendatud ootuste raamesse.

Hiljuti tegi Euroopa Kohus eelotsuse<sup>22</sup> eraelu puutumatus ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi artikli 12 lõike 2 kohta seoses vajadusega saada abonentidelt, kes on juba andnud nõusoleku oma isikuandmete avaldamiseks ühes kataloogis, uus nõusolek edastada nende isikuandmed avaldamiseks muude kataloogiteenuste raames. Kohus leidis, et kui abonent on nõuetekohaselt teavitatud võimalusest, et tema isikuandmeid võidakse edastada kolmandale äriühingule ja ta on juba nõustunud asjaomaste andmete avaldamisega kõnealuses kataloogis, ei ole samade andmete edastamiseks vaja abonendi uut nõusolekut, *kui on tagatud, et neid andmeid ei kasutata mõnel muul otstarbel kui need, milleks asjaomased andmed nende esmase avaldamise eesmärgil koguti (punkt 65)*.

Eraldi nõusolekut võib siiski olla vaja juhul, kui vastutav töötleja kavatses töödelda andmeid mõnel muul eesmärgil. Näiteks võib antud nõusolek hõlmata üksikisikule saadavat teavet nii uute toodete kui ka konkreetsete reklaamürituste kohta, sest see võib jääda andmesubjekti põhjendatud eelduste piiresse. Üksikisiku andmete edastamiseks kolmandatele isikutele tuleb siiski taotleda eraldi täiendav nõusolek. Nõusoleku saamiseks vajalikku üksikasjalikkust tuleb hinnata iga juhtumi puhul eraldi, sõltuvalt andmete eesmärgist või nende saajatest.

Tuleb meenutada, et töötlemisel võib olla mitu õiguslikku alust: teatavaid andmeid võidakse töödelda sellepärast, et see on vajalik andmesubjektiga sõlmitud lepingu,

---

<sup>22</sup> Euroopa Kohtu 5. mai 2011. aasta otsus kohtuasjas C-543/09: Deutsche Telekom AG. Kõnealune kohtuasi sai alguse Saksamaa föderaalsete halduskohtu esitatud eelotsusetaotlusega seoses telekommunikatsioonivaldkonna kataloogide ja eelkõige universaalteenuse direktiivi (2002/22/EÜ) artikli 25 lõike 2 ning eraelu puutumatus ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi (2002/58/EÜ) artikli 12 lõike 2 tõlgendamise kohta. See on selgelt seotud kataloogide eriolliga universaalteenuse direktiivis.

näiteks tootepakkumise või teenuste haldamise raames, ning eraldi nõusolekut võib vaja minna selliseks töötlemiseks, mis ületab lepingu täitmiseks vajalikku töötlemist, näiteks andmesubjekti maksevõime (krediidikvaliteedi) hindamiseks.

Töörühm on selgitanud nõusoleku seda tahku elektroonilisi tervisekaarte käsitlevas dokumendis WP 131: nõusolek saab olla „konkreetne” ainult selges ja kindlas olukorras, milles kavandatakse meditsiiniandmete töötlemist. Seetõttu ei saa direktiivi artikli 2 punkti h tähenduses nõusolekuks pidada andmesubjekti „üldist nõustumist” näiteks teda käsitlevate meditsiiniandmete kogumisega, et kanda need andmed elektroonilisele tervisekaardile ja edaspidi edastada raviga seotud tervishoiutöötajatele.

Sama arutluskäik on esitatud dokumendis WP 115 asukohtaandmete kasutamise kohta lisaväärtusteenuste osutamisel: „selle määratlusega on selgesõnaliselt välistatud võimalus, et elektroonilise sideteenuse üldtingimuste vastuvõtmine tähendab ühtlasi ka nõusoleku andmist. ... Sõltuvalt pakutava teenuse tüübist võib isik anda nõusoleku üksiktoimingu kohta või asukoha pidevaks määramiseks”.

Eespool II peatüki punktis „Mõiste roll” nimetatud kohtuotsuses ei kasutata küll sõnaselgelt väljendit „konkreetne”, kuid konkreetse nõusoleku tingimus tuleneb arutluskäigust, mille kohaselt „ei piisa, kui asjaomase isiku töölepingus sisaldub viide kollektiivlepingule, mis lubab tööaega ületada”.

#### **Näide: suhtlusvõrgustikud**

Suhtlusvõrguteenuste kasutamiseks tuleb sageli nõustuda isikuandmete eri liiki töötlemisega.

Kasutajalt võidakse suhtlusvõrguteenuse kasutamise registreerimisel nõuda nõusolekut käitumispõhise reklaami saamiseks, esitamata täpsemaid selgitusi ega alternatiivseid võimalusi. Arvestades teatavate suhtlusvõrgustike tähtsust, nõustuvad teatavad kasutajad (näiteks teismelised) käitumispõhise reklaami saamisega, et vältida osalise sotsiaalsest suhtlemisest väljajäämise riski. Kasutajal peaks olema võimalik anda vabatahtlik ja konkreetne nõusolek käitumispõhise reklaami saamiseks, mis ei ole seotud tema juurdepääsuga suhtlusvõrguteenustele. Kasutajatele sellise võimaluse pakkumiseks võib kasutada näiteks hüpikakent.

Suhtlusvõrguteenustega pakutakse võimalust kasutada välisrakendusi. Tegelikult takistatakse kasutajal sageli mõne rakenduse kasutamist, kui ta ei anna nõusolekut oma andmete rakenduse väljatöötajale edastamiseks mitmesugustel põhjustel, sealhulgas käitumispõhise reklaami saatmiseks ja kolmandatele isikutele edasimüümiseks. Arvestades, et rakendusi on võimalik käitada ka ilma andmete edastamiseta selle väljatöötajale, õhutab töörühm olema kasutaja nõusoleku saamisel üksikasjalik, st taotlema kasutajalt eraldi nõusolekut nimetatud eri põhjustel tema andmete edastamiseks väljatöötajale. Selleks, et pakkuda kasutajale võimalust valida, millise andmete kasutamise ta nõustub (väljatöötajale edastamine, lisaväärtusteenused, käitumispõhine reklaam, kolmandatele isikutele edastamine jne), saab kasutada eri vahendeid, näiteks hüpikaknaid.

Nõusoleku konkreetsus tähendab ka seda, et kui teataval ajahetkel muutuvad eesmärgid, milleks vastutav töötleja andmeid töötleb, tuleb kasutajat sellest teavitada ja anda talle võimalus nõustuda andmete uue töötlemisega. Esitatav teave peab käsitlema eeskätt kavandatavast muudatusest keeldumise tagajärgi.

„... teadlik ...”

Nõusoleku määratluse viimane element – kuid nagu allpool nähtub, siis mitte viimane nõue – on tingimus, et see peab olema teadlik.

Direktiivi artiklites 10 ja 11 on sätestatud kohustus esitada andmesubjektidele teavet. Seetõttu on teavitamiskohustus eraldiseisev, kuid paljudel juhtudel on see nõusolekuga ilmselgelt seotud. Kuigi teabe esitamisele ei järgne alati nõusolekut (kasutada võib mõnda muud artiklis 7 sätestatud alust), peab nõusoleku saamisele alati eelnema teavitamine.

Praktikas tähendab see, et „andmesubjekti nõusolek (peab rajanema) tegevust kajastavate faktide ja tagajärgede teadmisel ja nende mõistmisel. Isikule tuleb anda selgelt ja arusaadavalt täpne ja täielik teave seonduvates, eeskätt direktiivi artiklites 10 ja 11 nimetatud küsimustes, nagu töödeldavate andmete laad, töötlemise eesmärk, isikud, kellele võidakse andmed edastada, ja andmesubjekti õigused. Teadlik nõusolek eeldab ka andmete töötlemisega mittenõustumise tagajärgede mõistmist”<sup>23</sup>.

Paljudel juhtudel saadakse nõusolek isikuandmete kogumise ajal ehk töötlemise alguses. Sellisel juhul kattub teave, mis tuleb esitada, direktiivi artiklis 10 loetletuga. Nõusolekut võidakse aga taotleda ka edaspidi, kui muutub töötlemise eesmärk. Sel juhul tuleb esitatava teabe puhul keskenduda sellele, mis on vajalik konkreetses kontekstis, arvestades töötlemise eesmärki.

Teadlik nõusolek on eriti määrava tähtsusega isikuandmete edastamisel kolmandatesse riikidesse: „nõutav on andmesubjekti nõuetekohane teavitamine konkreetselt riskist, et tema andmed edastatakse riiki, kus puudub piisav kaitse”<sup>24</sup>.

Nõuetekohase teavitamise tagamisel võib määratleda kahte liiki nõudeid.

- Teabe kvaliteet – teabe esitamise viis (lihttekst, erialakeele vältimine, mõistetav, varjamatu) on äärmiselt oluline, et hinnata nõusoleku teadlikkust. Sobilik viis teabe esitamiseks sõltub kontekstist: see peaks olema mõistetav tavalisele/keskmisele kasutajale.
- Teabe kättesaadavus ja nähtavus – teave tuleb esitada otse isikutele. Ei ole piisav, kui teave on lihtsalt kuskil kättesaadav. Euroopa Kohus on seda kinnitanud oma 2004. aasta kohtuotsuses,<sup>25</sup> osutades töölepingule, milles sisalduvad tingimused ei olnud lepingus sõnastatud, vaid millele oli viidatud. Teave peab olema selgelt nähtav (kirjatüübi liik ja suurus), silmapaistev ja kõikehõlmav. Nõusoleku taotlemise ajal võib eriteabe esitamiseks kasutada dialoogikaste. Nagu eespool seoses konkreetse nõusolekuga märgiti, on veebipõhised teavitustahendid eriti kasulikud suhtlusvõrguteenuste puhul, et tagada privaatsusseadete piisav üksikasjalikkus ja selgus.

<sup>23</sup> Dokument WP 131 – töödokument, milles käsitletakse elektroonilisele tervisekaardile kantavate tervisealaste isikuandmete töötlemist.

<sup>24</sup> Dokument WP 12 – töödokument „Isikuandmete edastamine kolmandatesse riikidesse: ELi andmekaitse direktiivi artiklite 25 ja 26 kohaldamine”. Vt ka dokument WP 114 – artikli 29 töörihma 24. oktoobri 1995. aasta direktiivi 95/46/EÜ artikli 26 lõike 1 ühist tõlgendamist käsitlev töödokument.

<sup>25</sup> Vt joonealune märkus 12 (peatükk II.2).

Siinkohal võivad olla kasulikud ka mitmeastmelised teated, mis aitavad õiget teavet hõlpsalt kätte saada.

Aja möödudes võib tekkida kahtlus, kas algselt nõuetekohasel ja piisaval teabel põhinenud nõusolek on jätkuvalt kehtiv. Mitmesugustel põhjustel muutuvad sageli inimeste vaated: nende algne valik ei olnud läbimõeldud või on asjaolud muutunud, näiteks laps on saanud täiskasvanuks<sup>26</sup>. Seepärast on hea tava, et vastutavad andmetöötajad püüavad teatava aja tagant üksikisiku valikud üle kontrollida, teavitades neid näiteks nende kehtivast otsusest ja pakkudes võimalust seda kinnitada või see tagasi võtta<sup>27</sup>. Sobiv ajavahemik sõltub loomulikult iga juhtumi kontekstist ja asjaoludest.

#### **Näide: kuritegevuse kaardistamine**

Mõned politseijõud kaaluvad teatavat liiki kuritegude toimumist kajastavate kaartide või muude andmete avaldamist. Tavaliselt tagatakse sellise protsessiga kaasnevate kaitsemeetmetega, et kuriteoohvrite isikuandmeid ei avaldata, sest kuriteod seostatakse üksnes suhteliselt suurte geograafiliste aladega. Teatavad politseijõud soovivad aga kuritegude toimumiskohti üksikasjalikumalt määratleda, juhul kui ohvrid sellega nõustuvad. Sellisel juhul on võimalik andmesubjekt kuriteo toimumispaigaga täpsemalt seostada. Ohvritele ei mainita aga konkreetselt, et neid tuvastada võimaldav teave avaldatakse avalikult Internetis, ega täpsustata, kuidas saab sellist teavet kasutada. Asjaomasel juhul ei ole nõusolek kehtiv, sest ohvrid ei pruugi täielikult mõista, mil määral neid käsitlevat teavet kavatakse avaldada.

Mida keerulisem on andmete töötlemine, seda suuremad peaksid olema nõuded vastutavale andmetöötlejale. Mida raskem on keskmisel kodanikul kõiki andmetöötlemise elemente kontrollida ja mõista, seda enam peaks vastutav andmetöötleja pingutama tõendamaks, et nõusolek saadi konkreetse ja arusaadava teabe põhjal.

Artikli 2 punktis h määratletud nõusolekut tuleks lugeda koos direktiivi järgnevas tekstis nimetatud lisanõuetega. Artiklis 7 on lisatud määratluse elementidele sõna „ühemõtteline” ning artiklis 8 sõna „selgesõnaline”, juhul kui tegemist on andmete eriliikide töötlemisega.

#### **III.A.2. Artikli 7 punkt a**

Direktiivi artikli 7 punkti a kohaselt moodustab andmesubjekti ühemõtteline nõusolek isikuandmete töötlemise õigusliku aluse. Seega peab kehtiv nõusolek olema lisaks artikli 2 punktis h sätestatud kriteeriumitele ka ühemõtteline.

Selleks, et nõusolek oleks ühemõtteline, ei tohi selle taotlemise ja andmise menetlus jätta *mingeid kahtlusi* andmesubjekti kavatsuse kohta anda oma nõusolek. Teiste sõnadega ei tohi andmesubjekti nõustumist väljendav tahteavaldus olla tema kavatsuste

<sup>26</sup> Töödokument 1/2008 laste isikuandmete kaitse kohta, WP 147, 18. veebruar 2008.

<sup>27</sup> Artikli 29 tööriühm esitas samasuguse soovitusena oma arvamuses 171 käitumispõhise internetireklaami kohta, vastu võetud 22.6.2010.

suhtes mingilgi määral ebaselge. Ebaselgusega on tegemist juhul, kui üksikisiku kavatsuse suhtes on põhjendatud kahtlusi.

Nagu allpool täpsemalt kirjeldatakse, peavad vastutavad andmetöötajad looma sellest nõudest tulenevalt kindlad menetlused, mille kaudu saavad üksikisikud oma nõusoleku anda; täpsemalt peavad nad taotlema selgelt väljendatud nõusolekut või tuginema teatavat liiki menetlustele, mis tagavad isiku selgelt eeldatava nõusoleku. Ühtlasi peab vastutav andmetöötaja olema piisavalt kindel, et nõusolekut andev isik on tegelikult andmesubjekt. See on eriti oluline juhul, kui nõusolek antakse telefoni teel või elektrooniliselt.

Sellega seondub nõusoleku tõendamise küsimus. Nõusolekule tuginevatel vastutavatel andmetöötajatel võib olla soov või vajadus tõendada nõusoleku saamist, näiteks andmesubjektiga tekkinud vaidluse käigus. Tegelikult võidakse neilt seda mõnel juhul jõustamismeetmete kontekstis nõuda. Selle tulemusel ning hea tava järgimiseks peaksid vastutavad andmetöötajad koguma ja säilitama tõendeid, mis näitavad nõusoleku saamist, st nõusolek peaks olema kontrollitav.

Analüüsigem nüüd järgmisi nõusoleku andmise meetodeid ja hinnakem, kas nende puhul on tegemist ühemõttelise nõusolekuga.

Ühemõttelise nõusoleku väljendamiseks sobivad hästi sellised menetlused või mehhanismid nagu sõnaselged avaldused oma nõustumise väljendamiseks, näiteks allkirjastatud nõusolek või kirjalik avaldus oma nõustumise kinnitamiseks. Samas annavad need vastutavale andmetöötajale põhimõtteliselt ka tõendid nõusoleku saamise kohta.

**Näide: nõusolek saada tavapostiga reklaamteavet**

Hotell palub isikul märkida pabervormile oma postiaadressi, kui nad soovivad saada tavaposti teel reklaamteavet. Kui isik pärast postiaadressi esitamist vormi allkirjastab, on tegemist tema ühemõttelise nõustolekuga. Sellisel juhul on nõusolek nii sõnaselge kui ka kirjalik. Kui vastutav andmetöötaja kõik allkirjastatud vormid säilitab, annab selline menetlus talle piisavad tõendid kõikidelt asjaomastelt klientidelt nõusoleku saamise kohta.

Ent mitte kõikide selgesõnalisena tunduda võivate nõusoleku vormide puhul ei ole tegemist nõustumisega. Euroopa Kohus käsitles seda küsimust hiljutises kohtuasjas (Volker und Markus Schecke vs. Land Hessen), mis oli seotud ELi eri fondidest<sup>28</sup> toetust saavate isikute nimede ja iga toetusesaaja saadud summade avaldamisega. Kohtujurist analüüsis, kas isikute allkirjastatud avalduse puhul on täidetud ühemõttelise nõusoleku tingimused, järgmiselt: „[O]len teadlik sellest, et määruse (EÜ) nr 1290/2005 artikli 44a kohaselt avaldatakse EAGFi ja EAFRD vahenditest toetuse saajate nimed ning summad, mida iga toetusesaaja on saanud”. Kohtujurist järeldas, et „[a]ndmete mingil kujul avaldamist käsitleva eelnevalt esitatud teate teadmiseks võtmine ei ole sama mis „ühemõttelise” nõusoleku andmine andmete konkreetseks ja üksikasjalikuks avaldamiseks. Samuti ei saa seda pidada kaebuse esitajate vabatahtlikuks ja konkreetseks tahteavalduseks vastavalt artikli 2 punktis h esitatud andmesubjekti nõusoleku määratlusele”. Seetõttu järeldas ta, et kaebuse esitajad ei olnud andnud oma

<sup>28</sup> Euroopa Põllumajanduse Tagatisfond (EAGF) ja Maaelu Arengu Euroopa Põllumajandusfond (EAFRD).

isikuandmete töötlemiseks (st avaldamiseks) nõusolekut direktiivi 95/46/EÜ artikli 7 punkti a tähenduses<sup>29</sup>.

Sõnaselge nõusoleku saab anda ka veebikeskkonnas. Sarnaselt muudele eluvaldkondadele on ka siin ühemõttelise nõusoleku esitamiseks väga sobilikke vahendeid, nagu näha järgmises näites.

**Näide: elektrooniline nõusolek liituda püsikliendiprogrammiga**

Hotelli veebisaidil on esitatud broneeringuvorm, mis võimaldab isikutel tuba eelnevalt elektrooniliselt broneerida. Elektrooniline vorm, kuhu inimesed sisestavad teabe soovitud kuupäevade ja makseviisi kohta, hõlmab ka selgelt nähtavat lahtrit, mis tuleb märgistada juhul, kui soovitakse lasta kasutada oma andmeid püsikliendiprogrammis osalemiseks. Nimetatud lahtri märgistamine pärast asjaomase teabe saamist väljendab sõnaselget ühemõttelist nõusolekut, sest lahtri märgistamine on piisavalt selge tegevus, mis ei jäta kahtlusi isiku soovis osaleda püsikliendiprogrammis.

Sõnaselge nõusoleku võib anda ka suuliselt, nõustumist väljendava avaldusena. Sõnaselge suulise nõusoleku võib anda näiteks järgmises olukorras.

**Näide: suuline nõusolek saada reklaamteavet**

Teenindaja küsib hotellist lahkumisel arvet maksvalt kliendilt, kas ta soovib anda oma aadressi, et hotell saaks talle reklaamteavet saata. Isikud, kes pärast teenindaja küsimust ja asjaomase teabe edastamist oma aadressi teatavad, annavad sõnaselge nõusoleku. Oma aadressi esitamine võib väljendada isiku üheselt mõistetavat tahteavaldust. Vastutav andmetöötleja võib aga soovida kehtestada mehhanismid, millega nõusoleku andmist usaldusväärsemalt tõendada.

Mõnedel asjaoludel võib teatava tegevuse põhjal *eeldada* ühemõttelist nõusolekut, eriti kui sellise tegevuse tulemusel saab eksimatult järeldada nõusoleku andmist. See sõltub aga asjaomase andmetöötlemise kohta antud teabest, mille põhjal isikul on võimalik otsus teha (kes on vastutav andmetöötleja, millised on töötlemise eesmärgid jne).

**Näide: nõusolek lasta end pildistada**

Hotelli registreerimisel järjekorras seistes teatab teenindaja, et hotelli ühes kohvikus toimub pärastlõunal pildistamine. Valitud fotosid kasutatakse reklaammaterjalina, peamiselt hotelli paberikandjal reklaambrošüürides. Kui hotellikülastajad soovivad osaleda, palutakse neil sel ajal kohvikus viibida. Nende jaoks, kes ei soovi lasta end pildistada, on avatud teine kohvik.

Hotellikülastajad, kes pärast asjaomase teabe saamist otsustavad pildistamise ajal kohvikusse minna, annavad nõusoleku enda pildistamiseks. Nende nõusolekut võib eeldada asjaolust, et asjaomasel ajal lähevad nad kohvikusse, kus pildistamine toimub. Kohvikusse mineku näol on tegemist isiku tahteavaldusega, mida võib käsitada ühemõttelisena, kuivõrd ei esine kahtlusi selle kohta, et kohvikusse läinud isik soovis

<sup>29</sup> Kohtujurist Sharpstoni 17. juuni 2010. aasta ettepanek liidetud kohtuasjades C-92/09 ja C-93/09: Volker und Markus Schecke GbR. Tuleb tähele panna, et oma 9. novembri 2010. aasta kohtuotsuses leidis Euroopa Kohus, et andmetöötlus ei tuginenud nõusolekule: „63. Kõnesolev liidu regulatsioon, mis piirdub sätestamisega, et enne toetusesaajaid puutuvate andmete avaldamist teavitatakse neid sellest, ei püüa järelikult seada sellega ette nähtavat isikuandmete töötlemist sõltuvusse toetusesaajate nõusolekust”.

enda pildistamist. Hotell võib aga pidada mõistlikuks dokumenteerida saadud nõusolek juhuks, kui asjaomase nõusoleku kehtivus lähitulevikus vaidlustatakse.

Nagu juba mainitud, kohaldatakse samu nõudeid, sealhulgas nõusoleku ühemõttelisust nii elektroonilises keskkonnas kui ka mujal. Töörühm märgib aga, et elektroonilises keskkonnas on nõusoleku ebaselguse oht tõenäoliselt suurem ning sellele on vaja pöörata eritähelepanu. Järgmine näide illustreerib olukorda, kus teatava tegevuse (Interneti-mängudes osalemise) põhjal eeldatav nõusolek ei vasta kehtiva nõusoleku tingimustele.

**Näide: Interneti-mäng**

Interneti-mängude pakkuja nõuab mängijatelt Interneti-mängus osalemiseks nende vanuse, nime ja aadressi esitamist (mängijate jaotamine vanuse ja elukoha põhjal). Veebisaidil on üleval lingi kaudu juurdepääsetav teade (kuigi sellise teatega tutvumine ei ole mängus osalemiseks vajalik), mille kohaselt saidi kasutamise (ja seega teabe edastamise) korral nõustuvad mängijad oma andmete töötlemisega, mille raames Interneti-mängu pakkuja ning kolmandad isikud võivad edastada neile turustusteavet.

Mängu avamine ja selles osalemine ei ole samaväärne ühemõttelise nõusoleku andmisega oma isikuandmete edasiseks töötlemiseks muudel põhjustel kui mängus osalemine. Mängus osalemine ei kajasta isiku kavatsust nõustuda töötlemisega lisaks sellele, mis on vajalik mängimiseks. Selline käitumine ei ole isiku ühemõtteline tahteavaldus lasta kasutada oma andmeid turustamise eesmärgil.

**Näide: privaatsuse vaikeseaded**

Suhtlusvõrgu vaikeseaded, mida kasutajad ei pea võrgu kasutamiseks tingimata avama, võimaldavad kõikidel „sõprade sõpradel” teha iga kasutaja isikliku teabe nähtavaks kõikidele oma „sõprade sõpradele”. Kasutajad, kes ei soovi, et „sõprade sõbrad” nende teavet näeksid, peavad klõpsama nupul. Kui nad jäävad passiivseks ehk jätavad nupul klõpsamata, käsitab vastutav töötleja seda nõusolekuna teha oma andmed nähtavaks. On aga väga küsitav, kas nupul *mitte* klõpsamine tähendab isikute üldist *nõustumist* sellega, et nende teave on kõikidele sõprade sõpradele nähtav. Kuna on ebaselge, kas tegevusetus tähendab nõusolekut, ei saa klõpsamata jätmist käsitada ühemõttelise nõusolekuna.

Eespool toodud näide illustreerib olukordi, kus isik jääb passiivseks (nt tegevusetus või „vaikimine”). Menetluste puhul, mille käigus isiku nõusolek saadakse tegevusetuse või vaikimise põhjal, ei ole tegemist ühemõttelise nõusolekuga: vaikimise või tegevusetusega kaasneb paratamatult ebaselgus (andmesubjekti eesmärk võis olla nõustuda, aga see võis olla ka lihtsalt jätta tegevus sooritamata). Sellist olukorda illustreerib lähemalt järgmine näide.

Ebaselgus kaasneb olukorraga, kus leitakse, et üksikisik on andnud oma nõusoleku, kui ta ei vasta kirjale, milles teda teavitatakse, et vastamata jätmise tähendab nõustumist. Seda liiki olukorras kaasnevad isiku käitumisega (või pigem tegevusetusega) tõsised kahtlused selle kohta, kas ta kavatses väljendada oma nõusolekut. Asjaolu, et isik ei

sooritanud positiivset tegu, ei võimalda järeldada, et ta andis oma nõusoleku. Seega ei vasta selline olukord ühemõttelise nõusoleku tingimustele. Nagu on illustreeritud allpool, on vastutaval andmetöötlejal väga keeruline esitada tõendeid isikult nõusoleku saamise kohta.

Töörühm on maininud üksikisiku vaikimisel põhineva nõusoleku sobimatust e-posti teel toimuva otseturustamise kontekstis. „Kaudne nõusolek selliste e-kirjade saamiseks ei vasta direktiivis 95/46/EÜ esitatud nõusoleku määratlusele ... Samamoodi ei vasta direktiivis esitatud määratlusele eelnevalt märgistatud lahtrid nt veebisaitidel”<sup>30</sup>. Seda seisukohta kinnitab järgmine näide.

**Näide: kehtetu nõusolek kliendiandmete täiendavaks kasutamiseks**

Veebis tegutsev raamatujaemüüja saadab oma püsikliendiprogrammis osalevatele klientidele e-kirja, teavitades neid nende andmete edastamisest reklaamifirmale, kes kavatses neid kasutada turustamiseks. Kasutajail on kirjale vastamiseks aega kaks nädalat. Neile teatatakse, et vastamata jätmist käsitatakse nõusolekuna andmete edastamisega. Selline süsteem, mille puhul nõusolek põhineb isiku tegevusetusel, ei taga kehtivat ühemõttelist nõusolekut. Vastamata jätmise põhjal ei ole võimalik ilma igasuguste kahtlusteta kinnitada, et isikud nõustusid andmete edastamisega.

Eespool kirjeldatust järeldub, et nõusoleku *ühemõttelisuse* nõudest tulenevalt õhutatakse vastutavaid andmetöötlejaid tegelikult looma menetlusi ja vahendeid, mis ei jäta nõusoleku andmise suhtes mingeid kahtlusi, sest isik on kas sooritanud otsese teo või võib nõusolekut eeldada tema tegevuse põhjal.

Nagu eespool mainitud, näeb hea tava ette, et vastutavad andmetöötlejad kaaluvad nõusoleku andmist tõendavate asjaomaste meetmete ja menetluste kehtestamist. Mida keerulisem on nende tegevuskeskkond, seda rohkem meetmeid on vaja nõusoleku tõendatavuse tagamiseks. Taotluse korral tuleb anda selline teave andmekaitseasutuse käsutusse.

### **III.A.3. Artikli 8 lõike 2 punkt a**

Direktiivi artikliga 8 nähakse ette spetsiaalne kaitse „andmete eriliikidele”, mida nende laadist tulenevalt käsitatakse väga tundlikena. Selliste andmete töötlemine on keelatud, välja arvatud juhul, kui kehtib vähemalt üks mitmest täpsustatud erandist. Artikli 8 lõike 2 punktis a on sätestatud, et keeldu ei kohaldata, kui andmesubjekt on andnud töötlemiseks oma *selgesõnalise nõusoleku*.

Õiguslikult on „selgesõnaline nõusolek” samatähenduslik sõnaselge nõusolekuga. See hõlmab kõiki olukordi, kus isikule tehakse ettepanek nõustuda või mitte nõustuda oma isikuandmete teatava kasutamise või avaldamisega ning kus ta vastab suuliselt või kirjalikult esitatud küsimusele. Tavaliselt antakse selgesõnaline nõusolek kirjalikult koos käsitsi kirjutatud allkirjaga. Selgesõnalise nõusolekuga on tegemist näiteks siis, kui andmesubjekt allkirjastab nõusoleku vormi, kus on selgelt kirjeldatud, mis eesmärgil vastutav andmetöötleja isikuandmeid kogub ja täiendavalt töötleb.

<sup>30</sup> Arvamus 5/2004 turustamise eesmärgil saadetava pealesunnitud teabe kohta direktiivi 2002/58/EÜ artikli 13 alusel, vastu võetud 27. veebruaril 2004 (WP 90).



Kuigi selgesõnaline nõusolek antakse tavaliselt kirjalikult, kas paber kandjal või elektrooniliselt, nagu kirjeldati eespool peatükis III.A.2, ei ole see nõutav ning seega võib nõusoleku anda ka suuliselt. Seda kinnitab asjaolu, et artiklis 8 soovitatud nõue, mille kohaselt nõusolek peab olema kirjalik, jäeti direktiivi lõplikust versioonist välja. Samast peatükist nähtub siiski, et suulist nõusolekut võib olla raske tõendada ning seepärast soovitatakse vastutavatel andmetöötajatel kasutada tegelikkuses kirjalikku nõusolekut, et seda oleks võimalik tõendada.

Selgesõnalise nõusoleku nõue tähendab seda, et tavaliselt ei vasta eeldatav nõusolek artikli 8 lõike 2 nõuetele. Siinkohal tasub meenutada artikli 29 tööühma arvamust elektrooniliste tervisekaartide kohta<sup>31</sup>, milles on märgitud, et „[e]rinevalt direktiivi artiklis 7 sätestatust peab tundlike isikuandmete töötlemiseks, seega ka seoses elektroonilise tervisekaardiga antud nõusolek olema **selgesõnaline**. Lahendus, mille puhul isik saab andmete töötlemist keelata, ei ole kooskõlas selgesõnalisuse tingimusega ...”.

**Näide: teadusuuringutes kasutatavad terviseandmed**

Selgesõnalise nõusoleku nõudele ei vasta olukord, kus kliinik teatab patsiendile, et kui ta selle kohta vastuväiteid ei esita (helistades teataval telefoninumbri), edastatakse tema tervisekaart uuringu teostajale.

Nagu eespool peatükis II.A.2 täheldati, võib isik anda selgesõnalise nõusoleku suuliselt või ka kirjalikult, kinnitades seda tegevusega, millega ta väljendab oma soovi nõustuda teatava andmetöötlemise vormiga. Veebikeskkonnas võib selgesõnalise nõusoleku andmiseks kasutada elektroonilist või digitaalset allkirja. Kontekstist sõltuvalt võib aga nõusoleku anda ka nupule klõpsamise, kinnitava e-kirja saatmise, ikoonidele klõpsamisega jne<sup>32</sup>. Selliste menetluste pooldamist, mis hõlmavad isiku kinnitavat tegu, tunnistatakse sõnaselgelt ka eraelu puutumatus ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi põhjenduses 17: „Nõusoleku võib anda ükskõik millisel sobival viisil, mis võimaldab kasutajal väljendada vabatahtlikku, konkreetset ja teadlikku tahteavaldust (Interneti-leheküljel näiteks sellega, et vajalik lahter märgistatakse)”.

Selleks, et nõusolek oleks kehtiv, ei pea see olema ilmtingimata jäädvustatav. Vastutava andmetöötaja huvides on siiski tõendeid säilitada. Eri vahendite kaudu saadud tõendite kaalukus võib ilmselgelt olla erinev ning nõusolekut suuremal või vähemal määral tõendav. Üksnes e-posti aadressi kaudu tuvastatavalt isikult nupu klõpsamise teel saadud nõusoleku väärtus tõendusmaterjalina on palju väiksem kui sarnase menetluse korral, mida toetavad lisaks näiteks jäädvustatavad nõusoleku andmise vahendid<sup>33</sup>. Vajadus kindlate tõendite järele sõltub ka kogutavate andmete liigist ja eesmärgist:

<sup>31</sup> Dokument WP 131 – töödokument, milles käsitletakse elektroonilisele tervisekaardile kantavate tervisealaste isikuandmete töötlemist.

<sup>32</sup> See tõlgendus on kooskõlas peamiselt elektroonilist kaubandust ja digitaalallkirja laiemat kasutamist käsitlevate ELi õigusaktidega, mille tulemusel on liikmesriigid pidanud muutma oma õigusakte, mis sisaldavad ametlikku nõuet, et dokumendid oleksid „kirjalikud” ja „käsitsi kirjutatud”, nii, et teatavate tingimuste täitmise korral on vastuvõetavad ka samaväärsed elektroonilised dokumendid.

<sup>33</sup> Sellega seoses vt nt Kreeka või Saksamaa õigusakte, milles käsitletakse elektroonilise nõusoleku andmise tingimusi ning mille kohaselt peab nõusolek olema turvaliselt jäädvustatud, kasutajal või abonendil peab olema sellele igal ajal juurdepääs ja seda peab olema igal ajal võimalik tühistada (vt Kreeka seaduse 3471/2006 isikuandmete kaitse kohta elektroonilise side sektoris artikli 5 lõige 3, Saksamaa teleteenuste seaduse artikli 13 lõige 2, Saksamaa telekommunikatsiooniseaduse artikkel 94 ja Saksamaa föderaalne andmekaitse seaduse artikli 28 lõige 3a).

elektrooniline allkiri ei ole vajalik reklaampakkumiste saamisega nõustumiseks, küll aga võib see olla vajalik teatavat liiki finantsandmete elektroonilise töötlemisega nõustumiseks. Veebikeskkonnas antud selgesõnaline nõusolek peab olema jäädvustatav, et seda saaks kasutada edasiseks viitamiseks<sup>34</sup>.

Kui on täidetud kõik muud nõuded, loetakse eespool kirjeldatud arvesse võttes selgesõnalise nõusoleku tingimusele vastavaks elektroonilised registreerimisvormid, mille täitmisel esitavad isikud enda tuvastamist võimaldava teabe ja nõusoleku andmete töötlemisega. Näiteks võivad patsiendid anda nõusoleku isikliku elektroonilise tervisekaardi avamiseks, esitades oma kontaktandmed ja märgistades nõusoleku väljendamiseks ettenähtud lahtri. Põhjalikumad autentimismeetodid, näiteks digitaalallkirja kasutamine, annavad loomulikult sama tulemuse ja tagavad kindlama tõendusmaterjali<sup>35</sup>.

Mõnel juhul võivad liikmesriigid otsustada, et teatava andmetöötlustoimingu õiguspärasus tuleb tagada nõusoleku põhjal, ning täpsustada ka nõusoleku liigi. Näiteks haigusloole juurdepääsu võimaldava tervisekaardi taotlemise puhul võivad liikmesriigid otsustada, et isikud, kes registreerivad end elektrooniliselt, peavad kasutama teatavat konkreetset digitaalallkirja. Selline valik tagab selgesõnalise nõusoleku ning vastutavale andmetöötlejale kindlustunde, et ta suudab isikute nõusolekut tõendada.

#### **III.A.4. Artikli 26 lõige 1**

Artikli 26 lõike 1 punktiga a on ette nähtud, et andmesubjekti ühemõtteline nõusolek moodustab erandi piisavat kaitset mitte tagavatesse kolmandatesse riikidesse andmete edastamise keelu suhtes. Eespool artikli 7 punkti a kohta esitatud arutluskäik kehtib ka siin. See tähendab, et lisaks artikli 2 punktis g sätestatud kehtiva nõusoleku tingimustele peab nõusolek olema ka ühemõtteline.

Artikli 29 töörihm on teinud palju tööd, et anda suuniseid direktiivi artiklite 25 ja 26, sealhulgas nõusolekust tuleneva erandi kohaldamise kohta. Siinkohal tasub meenutada töörihma dokumenti WP 12<sup>36</sup> seoses ühemõttelise nõusoleku tähendusega: „Kuna nõusolek peab olema ühemõtteline, ei ole erandit võimalik kohaldada, kui esineb mis tahes kahtlus nõusoleku andmise fakti suhtes. See tähendab tõenäoliselt, et asjaomast erandit ei saa kasutada paljudes olukordades, kus on tegemist nõusoleku eeldamisega (näiteks selle põhjal, et isikule on edastamisest teatatud ja ta ei ole esitanud vastuväiteid)”.

Eespool kirjeldatud arvesse võttes saadakse ühemõtteline nõusolek suurema tõenäosusega juhul, kui isik kinnitab oma nõustumist andmete edastamisega mingi tegevusega, näiteks allkirjastades nõusoleku vormi või sooritades muu teo, mis toetab eksimatult järeldust, et nõusolek on antud.

<sup>34</sup> Käesoleva arvamuse käsitusala ei hõlma analüüsi tehniliste tingimuste kohta, millele peavad vastama elektroonilised dokumendid ja digitaalallkirjad, et neil oleks käsitsi kirjutatud dokumentidega samaväärne tõendusväärtus. See küsimus on andmekaitsealastest õigusaktidest laiem ja reguleeritud ELi tasandil.

<sup>35</sup> See tuleneb asjaolust, et teatavat liiki digitaalallkirjade (kvalifitseeritud sertifikaadil põhinevad, turvalise allkirja andmise vahendiga antud täiustatud elektroonilised allkirjad) puhul eeldatakse automaatselt, et neil on tõendusmaterjalina käsitsi kirjutatud allkirjaga samaväärne õiguslik väärtus.

<sup>36</sup> Dokument WP 12 – töödokument „Isikuandmete edastamine kolmandatesse riikidesse: ELi andmekaitse direktiivi artiklite 25 ja 26 kohaldamine”, vastu võetud 24. juulil 1998.

Dokumendis WP 114<sup>37</sup> täheldas töörühm andmete edastamisel nõusoleku kasutamise kohta, et „tõenäoliselt ei ole nõusolek andmetöötlejatele piisav pikaajaline õiguslik alus, kui töödeldakse korduvaid või struktuurseid andmeedastusi. Kui andmete edastamine moodustab olulise osa peamisest töötlemisest (nt inimressursside ülemaailmse andmebaasi tsentraliseerimine, mille toimimiseks on vaja teha pidevaid ja süsteemseid andmeedastusi), leiaks vastutavad töötlejad end varsti lahendamatus olukorras, kui kas või üks andmesubjekt otsustaks oma nõusoleku tagasi võtta. See tähendab, et nõusoleku tagasi võtnud isiku andmeid ei saaks enam edastada; vastasel juhul toimuks edastamine osaliselt andmesubjekti nõusolekul, kuid andmete puhul, mis on seotud isikutega, kes oma nõusoleku tagasi võtsid, tuleks leida lisavõimalus (leping, siduvad ettevõtluseeskirjad). Seepärast võib nõusoleku kasutamine osutada nn „valeks heaks lahenduseks”, mis esialgu tundub küll lihtne, kuid tegelikkuses on keeruline ja tülikas”.

### **III.A.5. Täieliku õigusvõimeta isikute antud nõusolek**

Direktiivis 95/46/EÜ puuduvad erieeskirjad nõusoleku saamiseks täieliku õigusvõimeta isikutelt, sealhulgas lastelt. Sellist tegelikkuses esinevat olukorda tuleb andmekaitse direktiivi läbivaatamisel arvesse võtta. Lisaks eespool tõstatatud küsimustele kaasnevad selliste isikute nõusolekuga ka eriprobleemid.

Laste puhul on kehtiva nõusoleku andmise tingimused liikmesriigiti erinevad. Artikli 29 töörühm on laste nõusoleku küsimust mitmel korral arutanud ja uurinud riikide tavasid<sup>38</sup>.

Varasemast tööst ilmneb, et laste nõusoleku taotlemisel võib õiguslike nõuete kohaselt olla vaja saada nii lapse kui ka tema esindaja nõusolek või ainult lapse nõusolek, kui teda peetakse piisavalt küpseks. Vanused, mille puhul kohaldatakse ühte või teist eeskirja, on erinevad. Ühtlustatud menetlused lapse ea kontrollimiseks puuduvad.

Selle valdkonna üldeeskirjade puudumine on viinud killustatud lähenemisele, millega ei tunnustata vajadust lapsi nende haavatavuse ja sellega kaasneva õigusliku ebakindluse tõttu teatavatel asjaoludel kaitsta, eriti kui see on seotud lastelt nõusoleku saamise viisiga.

Töörühm leiab, et ühtlustatuse puudumine mõjutab õiguskindlust. Õigusvõimeta isikutele nende õiguste teostamise võimaldamise tingimuste, eelkõige vanusekõnnise, ühtlustamine ELi tasandil annaks kahtlemata lisatagatise. Töörühm on samas teadlik, et see võib ületada andmekaitse piire, sest tegemist on üldisema tsiviilõigusliku küsimusega. Töörühm juhib komisjoni tähelepanu kõnealuses valdkonnas tõstatatud probleemidele.

Pealegi usub artikli 29 töörühm, et laste ja muude täieliku õigusvõimeta isikute huvid oleksid paremini kaitstud, kui direktiiv sisaldaks konkreetselt nende andmete kogumist ja edasist töötlemist käsitlevaid lisasätteid. Nimetatud sätetega võiks ette näha asjaolud,

<sup>37</sup> 24. oktoobri 1995. aasta direktiivi 95/46/EÜ artikli 26 lõike 1 ühist tõlgendamist käsitlev töödokument, vastu võetud 25.11.2005.

<sup>38</sup> Dokument WP 147 – töödokument 1/2008 laste isikuandmete kaitse kohta (üldised suunised ja erijuhtum koolide puhul); dokument WP 160 – arvamus nr 2/2009 laste isikuandmete kaitse kohta (üldised suunised ja erijuhtum koolide puhul).

mille korral on koos õigusvõimeta isiku nõusolekuga või selle asemel vaja esindaja nõusolekut, ning asjaolud, mille korral ei saa kasutada nõusolekut isikuandmete töötlemise seaduslikkuse tagamiseks. Sätestada tuleks ka nõue kasutada elektroonilisi vahendeid vanuse kindlakstegemiseks. Kasutatakse erinevaid vahendeid ja erinevaid vanusekünniseid. Näiteks ei peaks vanuse kindlakstegemise suhtes kehtima üksainus eeskiri, vaid lähtuda võiks astmelisest lähenemisviisist, mille puhul kasutatav vahend sõltuks asjaoludest, näiteks töötlemise liik (eesmärgid), kas sellega kaasneb erilisi riske, kogutud andmete liik, andmete kasutusviisid (kas andmeid kavatakse avalikustada) jne.

### **III.B. Direktiiv 2002/58/EÜ**

Hiljuti muudetud eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitlev direktiiv (direktiiv 2002/58/EÜ)<sup>39</sup> on direktiiviga 95/46/EÜ võrreldes *lex specialis*, kuivõrd selles on sätestatud kindlat sektorit – eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet – käsitlev süsteem. Enamikku direktiivi sätteid kohaldatakse üksnes üldkasutatavate elektrooniliste sideteenuste pakkujate suhtes (nt telefoni- või Interneti-teenuse pakkujad jne).

Eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi mõnes sättes käsitatakse nõusolekut kui õiguslikku alust, millele üldkasutatavate elektrooniliste sideteenuste osutajad saavad andmete töötlemisel tugineda<sup>40</sup>. See kehtib näiteks liiklus- ja asukohaandmete kasutamise puhul.

Artikli 29 tööriühm leiab, et on kasulik kommenteerida eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi alusel nõusoleku kasutamise valitud tahke, mis pakuvad erilist huvi. Selleks käsitletakse järgmist viit küsimust.

a) Direktiivis 95/46/EÜ ning eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitlevas direktiivis esitatud nõusoleku määratluse ja üldise tähenduse seos. Selle aluseks on eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi artikli 2 lõike 2 punkt f.

b) Küsimus, kas teabevahetuse konfidentsiaalsuse eiramiseks (näiteks telefoniside jälgimiseks või pealtkuulamiseks) on vaja saada ühe või mõlema teabevahetuses osaleja nõusolek. See on reguleeritud artikli 6 lõikega 3 ja artikli 5 lõikega 1.

c) Ajastuse küsimus – millal tuleb nõusolekut taotleda. Seda on käsitletud eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi mitmes sättes, sealhulgas artikli 5 lõikes 3 ning artiklites 6 ja 13.

d) Vastuväidete esitamise õiguse kohaldamisala ja selle erinevus nõusolekust. Kõnealust erinevust saab analüüsida eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi artikli 13 alusel.

<sup>39</sup> Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/136/EÜ, 25. november 2009, millega muudetakse direktiivi 2002/22/EÜ universaalteenuse ning kasutajate õiguste kohta elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste puhul, direktiivi 2002/58/EÜ, milles käsitletakse isikuandmete töötlemist ja eraelu puutumatuse kaitset elektroonilise side sektoris, ning määrust (EÜ) nr 2006/2004 tarbijakaitse seaduse jõustamise eest vastutavate siseriiklike asutuste vahelise koostöö kohta, 18.12.2009.

<sup>40</sup> Liiklusandmed on andmed, mida töödeldakse side edastamiseks elektroonilises sidevõrgus või sellise edastamisega seotud arveldamiseks, sealhulgas side marsruutimise, kestuse ja ajaga seotud andmed.

e) Võimalus nõusolek tühistada, nagu on selgesõnaliselt ette nähtud eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi artikli 6 lõikega 3 ning artikli 9 lõigetega 3 ja 4.

### **III.B.1. Artikli 2 punkt f – nõusolek ja seos direktiiviga 95/46/EÜ**

„nõusolek, mille annab kasutaja või abonent”

Eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi artiklis 2 on selgesõnaliselt märgitud, et direktiivis 2002/58/EÜ kohaldatakse direktiivis 95/46/EÜ sätestatud mõisteid. Artikli 2 punktis f on sätestatud, et „nõusolek, mille annab kasutaja või abonent, vastab direktiivis 95/46/EÜ määratletud andmesubjekti nõusolekule”.

See tähendab, et kui eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi alusel on vaja nõusolekut, kasutatakse nõusoleku kehtivuse kindlakstegemiseks direktiivis 95/46/EÜ sätestatud kriteeriume, täpsemalt artikli 2 punktis g esitatud määratlust ja artikli 7 punktis a sätestatud täpsustust. Seisukohta, et eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi puhul tuleb nõusoleku mõistmisel lähtuda artikli 2 punktist g ja artikli 7 punktist a üheskoos, on kinnitatud põhjenduses 17<sup>41</sup>.

### **III.B.2. Artikli 5 lõige 1 – kas on vajalik ühe või mõlema osapoole nõusolek**

„... asjaomaste kasutajate loata ...”

Eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi artikli 5 lõikega 1 kaitstakse side konfidentsiaalsust, keelates side mis tahes pealtkuulamise või jälgimise ilma kõikide asjaomaste kasutajate loata.

Sellisel juhul nõutakse artikli 5 lõikes 1 „kõikide asjaomaste kasutajate”, teiste sõnadega mõlema sides osaleva isiku nõusolekut. Ühe osapoole nõusolek ei ole piisav.

Oma arvamuse 2/2006<sup>42</sup> koostamise käigus uuris artikli 29 töörühm mitmesuguseid teenuseid, mis hõlmavad e-kirjade sisu filtreerimist ja mõnel juhul e-kirjade avamise jälgimist. Töörühm avaldas muret selle üle, et selliste teenuste puhul ei teavitata ühte sides osalejat. Selleks, et teenused oleksid kooskõlas artikli 5 lõikega 1, on vaja mõlema sides osaleva isiku nõusolekut.

### **III.B.3 Artikli 6 lõige 3, artiklid 9 ja 13 ning artikli 5 lõige 3 – nõusoleku taotlemise aeg**

„... on esitatud selge ja arusaadav teave ...”

<sup>41</sup> See on sõnastatud järgmiselt: „Käesoleva direktiivi kohaldamisel peaks ... nõusolekul ... olema sama tähendus, nagu on määratletud ja täpsustatud direktiivis 95/46/EÜ”.

<sup>42</sup> Arvamus 2/2006 e-posti filtreerimisteenusega seotud eraelu puutumatuse kaitse kohta, vastu võetud 21.2.2006 (WP 118).

Eraelu puutumatus ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi mitmes sättes on sõnaselgelt või kaudselt osutatud, et nõusolek tuleb anda enne töötlemist. See on kooskõlas direktiiviga 95/46/EÜ.

Eraelu puutumatus ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi artikli 6 lõikes 3 on sõnaselgelt viidatud asjaomase abonendi või kasutaja eelnevale nõusolekule, kehtestades kohustuse esitada teavet ja saada nõusolek enne liiklusandmete töötlemist elektrooniliste sideteenuste või lisaväärtusteenuste turustamise eesmärgil. Teatavat liiki teenuste puhul võib taotleda abonendi nõusolekut teenuse tellimise ajal. Muudel juhtudel võib olla mõistlik taotleda nõusolekut otse kasutajalt. Sarnast lähenemist järgitakse artikli 9 alusel, mis käsitleb muude asukohaandmete kui liiklusandmete töötlemist. Teenuseosutaja peab *enne kasutajate või abonentide nõusoleku saamist* teatama neile *töödeldavate* asukohaandmete (v.a liiklusandmed) liigi. Artiklis 13 on kehtestatud nõue saada abonentide eelnev nõusolek inimsekkumist mittevajavate automatiseeritud kõnevalimissüsteemide, fakside või elektronposti otseturustuseks kasutamiseks.

Artikli 5 lõige 3 sisaldab erieeskirja teabe salvestamise või kasutaja lõppseadmesse salvestatud teabele juurdepääsu saamise kohta muu hulgas selleks, et jälgida kasutaja tegevust veebikeskkonnas. Kuigi artikli 5 lõikes 3 ei ole kasutatud sõna „eelnev”, on see sätte sõnastuse põhjal selge ja ilmne järeldus.

Mõistlik on saada nõusolek *enne* andmete töötlemise alustamist. Vastasel korral oleks andmete töötlemine selle algusmomendist kuni nõusoleku saamise hetkeni ebaseaduslik, sest puudub õiguslik alus. Peale selle, kui isik otsustab sellistel juhtudel nõusolekut mitte anda, on kogu toimunud andmetöötlus ka sel põhjusel ebaseaduslik.

Eespool kirjeldatust järeldub, et kui nõusolekut *nõutakse*, tuleb see saada enne andmetöötluse algust. Võimalus alustada töötlemist ilma eelnevalt nõusolekut saamata on õiguspärane üksnes siis, kui nõusoleku taotlemise asemel on andmekaitsedirektiivis või eraelu puutumatus ja elektroonilist sidet käsitlevas direktiivis sätestatud mõni teine õiguslik alus ning osutatud andmesubjekti õigusele esitada töötlemise kohta vastuväiteid või sellest keelduda. Sellised võimalused on nõusolekust selgelt erinevad. Nimetatud juhtudel võib töötlemine olla juba alanud ning isikul on õigus esitada vastuväiteid või töötlemisest keelduda.

Näide selle kohta on esitatud eraelu puutumatus ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi varasema versiooni artikli 5 lõikes 3, mille kohaselt (rõhk lisatud): „elektrooniliste sidevõrkude kasutamine teabe salvestamiseks või juurdepääsuks abonendi või kasutaja lõppseadmesse salvestatud teabele on lubatud ainult tingimusel, et asjaomasele abonentile või kasutajale esitatakse direktiivi 95/46/EÜ kohaselt selge ja arusaadav teave muu hulgas andmete töötlemise eesmärgi kohta ning talle antakse võimalus keelduda vastutava andetöötaja teostatavast töötlemisest”. Seda tuleks võrrelda direktiiviga 2009/136/EÜ<sup>43</sup> muudetud eraelu puutumatus ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi artikli 5 lõike 3 uue sõnastusega: „(...) teabe salvestamine abonendi või kasutaja lõppseadmesse ja juurdepääsu saamine sinna juba salvestatud teabele on

<sup>43</sup> Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/136/EÜ, 25. november 2009, millega muudetakse direktiivi 2002/22/EÜ universaalteenuse ning kasutajate õiguste kohta elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste puhul, direktiivi 2002/58/EÜ, milles käsitletakse isikuandmete töötlemist ja eraelu puutumatus kaitset elektroonilise side sektoris, ning määrust (EÜ) nr 2006/2004 tarbijakaitseaduse jõustamise eest vastutavate siseriiklike asutuste vahelise koostöö kohta (EMPs kohaldatav tekst), *ELT L 337, 18.12.2009, lk 11–36*.

lubatud ainult tingimusel, et asjaomane abonent või kasutaja on andnud selleks oma nõusoleku (...). Artikli 29 töörihm on selgitanud artikli 5 lõike 3 sõnastuse muutmise tagajärgi oma arvamuses 2/2010 käitumispõhise internetireklaami kohta<sup>44</sup>. Keeldumise ja nõusoleku erinevusi arutatakse lähemalt ka järgmises peatükis.

Paljudel juhtudel, kui eraelu puutumatus ja elektroonilist sidet käsitlevas direktiivis või andmekaitsedirektiivis on sätestatud võimalus isikuandmete töötlemisest keelduda, tuleneb see asjaolust, et algse andmetöötlemise õiguslik alus *ei ole* nõusolek, vaid näiteks kehtiv leping. Seda küsimust tutvustatakse lähemalt järgmises jaos, kus on kommenteeritud eraelu puutumatus ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi artiklit 13.

#### **III.B.4. Artikli 13 lõiked 2 ja 3 – vastuväidete esitamise õigus ja selle erinevus nõusolekust**

„... klientidele antakse ... selge ja arusaadav võimalus ... keelata ...”

Eraelu puutumatus ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi artikliga 13 on ette nähtud nõusoleku kasutamine, et saata otseturustamise eesmärgi õiguspäraselt elektroonilist teavet. Selleks tuginetakse nii üldpõhimõttele kui ka erisättele.

Automaatvalimissüsteemide, fakside ja elektronposti puhul on nimetatud artiklis nõutud andmesubjekti eelnevat nõusolekut.

Kui reklaamteade on adresseeritud olemasolevale kliendile ja selle eesmärk on reklaamida saatja enda või sarnaseid tooteid või teenuseid, ei nõuta mitte nõusolekut, vaid artikli 13 lõike 2 kohaselt tuleb isikutele tagada „võimalus ... keelata” andmete selline kasutamine. Põhjenduses 41 on selgitatud, miks seadusandja otsustas sel juhul nõusolekut mitte nõuda: „Olemasoleva kliendisuhete puhul on mõistlik lubada kasutada üksikasju elektroonilise kontakti kohta samasuguste toodete või teenuste pakkumiseks”. Seega põhimõtteliselt on üksikisiku ja teenuseosutaja lepinguline suhe see õiguslik alus, mis lubab kliendiga esmakordselt e-posti teel ühendust võtta. Isikutel peaks siiski olema võimalus keelduda edasistest kontaktidest. Nagu töörihm on juba tähendanud: „Igas järgnevas otseturustussõnumis tuleks jätkuvalt pakkuda sellise võimaluse kasutamist tasuta, välja arvatud keeldumise edastamise võimalikud kulud”<sup>45</sup>.

Nõusoleku saamise vajadust tuleb eristada kõnealusest õigusest esitada vastuväiteid. Nagu näidatud eespool peatükis III.A.2, ei vasta üksikisiku tegevusetusel põhinev nõusolek, näiteks eelnevalt märgistatud lahtrite puhul, direktiivi 95/46/EÜ kohaselt kehtiva nõusoleku tingimustele. Sama järeldus kehtib brauseri seadete korral, millega vaikimisi nõustutakse reklaami kasutajale suunamisega (küpsiste kasutamise kaudu). Seda on selgitatud ka eespool peatükis III.B.3 tsiteeritud artikli 5 lõike 3 uue sõnastusega. Nimetatud kaks näidet ei vasta eeskätt tahteavalduse ühemõttelise väljendamise tingimusele. On väga oluline, et andmesubjektile antakse võimalus teha

<sup>44</sup> 22. juuni 2010. aasta arvamus, dokument WP 171: dokumendi WP 171 punktis 4.1.1 on üksikasjalikult käsitletud küsimust, kas nõusolekut saab väljendada „kohaste brauseri vm rakenduse seadete” kaudu (direktiivi 2009/136/EÜ põhjendus 66).

<sup>45</sup> Arvamus 5/2004 turustamise eesmärgil saadetava pealesunnitud teabe kohta direktiivi 2002/58/EÜ artikli 13 alusel, vastu võetud 27.2.2004.

otsus andmete töötlemise eesmärgi kohta ja seda väljendada, näiteks ise lahtrit märgistades.

Oma arvamuses käitumispõhise reklaami kohta järeldas töörühm, et „näib olevat esmatähtis varustada veebilehitsejad vaikimisi privaatsust kaitsvate seadetega. Teisisõnu peaksid nad olema seadistatud kolmandate isikute küpsiseid mitte vastu võtma ja mitte edastama. Lisaks sellele ja suurema tõhususe huvides peaksid veebilehitsejad nõudma kasutajalt esmakordsel paigaldamisel või ajakohastamisel privaatsusviisardi läbimist ning võimaldama kasutamise ajal hõlpsalt valikuid teha”<sup>46</sup>.

### **III.B.5. Artikli 6 lõige 3 ning artikli 9 lõiked 3 ja 4 – võimalus nõusolek tühistada**

„... võimalus tühistada ... nõusolek mis tahes ajal ...”

Direktiiviga 95/46/EÜ kaudselt ettenähtud võimalust nõusolek tagasi võtta on käsitletud eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi mitmes sättes. Seda märgiti sõnaselgelt ka töörühma arvamuses asukohaandmete kasutamise kohta lisaväärtusteenuste osutamisel<sup>47</sup>:

„Vastavalt direktiivi 2002/58/EÜ artiklile 9 võivad inimesed asukohaandmete (välja arvatud liiklusandmete) töötlemiseks antud nõusoleku igal ajal tagasi võtta ja neil peab olema võimalus lihtsal viisil ja tasuta oma andmete töötlemine ajutiselt keelata. Neid õigusi, mida saab käsitleda asukohaandmete töötlemise keelamise õiguse kasutamisenä, peab töörühm asukohaandmete delikaatsust arvestades eriti oluliseks. Töörühma arvates on nimetatud õiguste kasutamise eeltingimuseks, et asjaomast isikut teavitatakse mitte ainult teenuse tellimisel, vaid ka selle kasutamise käigus. Töörühm on seisukohal, et kui teenuse osutamiseks tuleb asukohaandmeid pidevalt töödelda, peab teenusepakkuja asjaomasele isikule korrapäraselt teatama, et tema lõppseadme asukoht on määratud, määratakse või seda on võimalik määrata. See võimaldab isikul soovi korral kasutada direktiivi 2002/58/EÜ artiklis 9 ettenähtud nõusoleku tagasivõtmise õigust.”

Nagu eespool juba mainitud, nähtub sellest, et tühistamine kehtib järgneva, mitte andmete õiguspärase kogumise ajal juba toimunud andmetöötlemise suhtes. Seepärast ei saa varem selle teabe põhjal tehtud otsuseid või toimunud menetlusi lihtsalt tühistada. Kui andmete edasist säilitamist ei ole aga võimalik põhjendada mõne muu õigusliku alusega, peaks vastutav andmetöötaja need kustutama.

## **IV. Järeldused**

Käesolevas arvamuses käsitletakse direktiivist 95/46/EÜ ja direktiivist 2002/58/EÜ tuleneva nõusoleku kasutamise õigusraamistikku. Sellel on kaks eesmärki: esiteks püütakse selgitada kehtivaid õiguslikke nõudeid ning näidata, kuidas need tegelikkuses toimivad. Seda tehes arutletakse samas selle üle, kas kehtiv raamistik on arvukaid uusi isikuandmete töötlemise viise arvestades jätkuvalt sobilik või tuleks seda muuta.

<sup>46</sup> Eespool nimetatud 22. juuni 2010 aasta arvamus, WP 171.

<sup>47</sup> Arvamus 5/2005, mis käsitleb asukohaandmete kasutamist lisaväärtusteenuste osutamisel, vastu võetud 25.11.2005 (WP 115).



#### **IV.1. Kehtiva õigusraamistiku põhielementide selgitus**

Direktiivi 95/46/EÜ artikli 2 punktis h on nõusolek määratletud kui „iga vabatahtlik, konkreetne ja teadlik tahteavaldus, millega andmesubjekt annab nõusoleku töödelda tema kohta käivaid andmeid”. Direktiivi artiklis 7, millega on ette nähtud isikuandmete töötlemise õiguslik alus, on ühe õigusliku alusena sätestatud *ühemõtteline* nõusolek. Artikli 8 kohaselt on *selgesõnaline* nõusolek tundlike andmete töötlemise üks õiguslik alus. Direktiivi 95/46/EÜ artikli 26 lõikes 1 ning eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitleva direktiivi mitmesugustes sätetes on nõutud nõusolekut spetsiaalsete andmetööstustoimingute teostamiseks nende sätete reguleerimisalas. Käesolevas arvamuses arutatud küsimuste abil püütakse selgitada asjaomase õigusraamistiku eri elemente, et sidusrühmadel oleks neid üldiselt hõlpsam kohaldada.

#### ***Üldised elemendid/tähelepanekud***

- Nõusolek on üks isikuandmete töötlemise kuuest õiguslikust alusest (tundlike andmete puhul üks viiest); tegemist on olulise alusega, sest see annab andmesubjektile teatava kontrolli tema andmete töötlemise üle. Nõusoleku tähtsus üksikisiku autonoomia ja vaba tahte võimaldamisel põhineb selle kasutamisel õiges kontekstis ja koos kõikide vajalike elementidega.
- Üldiselt kohaldatakse nõusoleku taotlemisel alati direktiivi 95/46/EÜ õigusraamistikku, olenemata sellest, kas tegemist on veebikeskkonnaga või mitte. Näiteks kui telliste ja mõrdi jaemüüja võimaldab taotleda kliendikaarti pabervormil, kohaldatakse samu eeskirju nagu siis, kui ta teeks seda oma internetisaidi kaudu. Peale selle on eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitlevas direktiivis täpsustatud teatavad andmetööstustoimingud, mille puhul on vaja nõusolekut: enamjaolt on need seotud andmete töötlemisega üldkasutatavate elektrooniliste sideteenuste osutamisel. Direktiivi 2002/58/EÜ kohaselt on nõusoleku kehtivuse tingimused samad kui direktiivi 95/46/EÜ alusel.
- Olukordi, kus vastutavad andmetöötledajad kasutavad isikuandmete töötlemise õigusliku alusena nõusolekut, ei tohiks segi ajada olukordadega, kus vastutav töötleja tugineb töötlemisel mõnele teisele õiguslikule alusele, mis annab isikule õiguse esitada vastuväiteid. See võib leida aset näiteks juhul, kui töötlemise aluseks on vastutava töötleja õigustatud huvid vastavalt direktiivi 95/46/EÜ artikli 7 punktile f, samas on isikul õigus esitada vastuväiteid direktiivi 95/46/EÜ artikli 14 punkti a alusel. Teine näide on olukord, kus vastutav andmetöötleja saadab olemasolevatele klientidele e-posti teel teate enda või sarnaste toodete või teenuste reklaamimiseks, kuid üksikisikutel on õigus sellest 2002/58/EÜ artikli 13 lõike 2 alusel keelduda. Mõlemal juhul on andmesubjektil õigus esitada töötlemise suhtes vastuväiteid, mis ei ole samaväärne nõusoleku andmisega.
- Isikuandmete töötlemisel nõusolekule tuginemine ei vabasta vastutavat andmetöötlejat kohustusest täita muid andmekaitsealasest õigusraamistikust tulenevaid nõudeid, näiteks järgida proportsionaalsuse põhimõtet vastavalt artikli 6 lõike 1 punktile c, tagada töötlemise turvalisus vastavalt artiklile 17 jne.

- Kehtiva nõusoleku eeltingimus on isiku võime anda selline nõusolek. Nõusoleku andmise võimet käsitlevad eeskirjad ei ole ühtlustatud ja võivad seepärast liikmesriigiti erineda.
- Nõusoleku andnud isikutel peab olema võimalus nõusolek tagasi võtta ja välistada oma andmete edasine töötlemine. Seda on kinnitatud ka eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitlevas direktiivis seoses konkreetsete nõusolekul põhinevate andmetöötlustoimingute, näiteks asukohaandmete (v.a liiklusandmete) töötlemisega.
- Nõusolek tuleb saada enne isikuandmete töötlemise algust, ent seda võib vaja minna ka selle käigus, kui muutub töötlemise eesmärk. Seda nõuet on rõhutatud direktiivi 2002/58/EÜ mitmesugustes sätetes, näiteks „eelneva” nõusoleku nõudmise (nt artikli 6 lõige 3) või sätte sõnastuse (nt artikli 5 lõige 3) kaudu.

### *Õigusraamistiku erielemendid seoses nõusolekuga*

- Selleks, et nõusolek oleks kehtiv, peab see olema *vabatahtlik*. See tähendab, et esineda ei tohi pettuse, heidutamise, sundimise või märkimisväärsete negatiivsete tagajärgede ohtu nõusolekust keeldumise korral. Töökeskkonnas, kus tegemist on alluvussuhtega, aga ka riiklike teenuste, näiteks tervishoiuteenuste puhul võib olla vaja hoolikalt hinnata, kas isikud saavad anda nõusoleku vabatahtlikult.
- Nõusolek peab olema *konkreetne*. Sellele tingimusele ei vasta kõikehõlmav nõusolek, mille puhul ei ole nimetatud töötlemise täpset eesmärki. See tähendab, et asjaomase teabe lepingu üldtingimustesse lisamise asemel tuleb kasutada konkreetseid nõusolekut käsitlevaid sätteid, mis on esitatud üldtingimustest lahus.
- Nõusolek peab olema *teadlik*. Direktiivi artiklites 10 ja 11 on loetletud teave, mis tuleb üksikisikule tingimata esitada. Igal juhul peab esitatav teave olema piisav, et isik saaks teha selle põhjal oma isikuandmete töötlemise kohta teadliku otsuse. Teadliku nõusoleku tingimusest tuleneb kaks lisanõuet. Esiteks tuleb teabe esitamisel tagada sobilik keelekasutus, nii et andmesubjektid teaksid, millega ja mis eesmärgil nad nõustuvad. See sõltub kontekstist. Liigkeerulise juriidilise või tehnilise erialakeele kasutamine ei vasta seaduse nõuetele. Teiseks peab kasutajatele esitatav teave olema piisavalt selge ja varjamatu, nii et seda ei oleks võimalik mitte tähele panna. Teave tuleb esitada otse üksikisikule. Ei ole piisav, kui see on lihtsalt kuskil kättesaadav.
- Mis puudutab nõusoleku andmise viisi, siis on artikli 8 lõike 2 punktis a nõutud tundlike andmete töötlemiseks *selgesõnalist* nõusolekut, mis tähendab aktiivset suulist või kirjalikku vastust, millega isik avaldab soovi lasta oma andmeid teataval eesmärgil töödelda. Seepärast ei ole eelnevalt märgistatud lahtri puhul tegemist selgesõnalise nõusolekuga. Nõusoleku väljendamiseks peab andmesubjekt andma positiivse vastuse ning tal peab olema vaba valik nõusolekut mitte anda.
- Muude kui tundlike andmete puhul peab nõusolek artikli 7 punkti a kohaselt olema *ühemõtteline*. Ühemõttelisuse tagamiseks tuleb nõusoleku saamisel kasutada selliseid vahendeid, mis ei jäta mingeid kahtlusi seoses isiku kavatsusega nõusolek anda. Praktikast võimaldab see tingimus vastutavatel andmetöötlejatel kasutada nõusoleku saamiseks eri liiki vahendeid alates nõustumist väljendavatest avaldustest (sõnaselge nõusolek) kuni tegevuseni, mille eesmärk on näidata nõusolekut.

- Isiku tegevusetusel või vaikumisel põhinev nõusolek ei kujuta tavaliselt kehtivat nõusolekut, eriti veebikeskkonnas. See küsimus tõstatub eeskätt seoses vaikeseadete kasutamisega, mida andmesubjekt peab töötlemisest keeldumiseks muutma. See kehtib näiteks eelnevalt märgistatud lahtrite või Interneti-brauseri seadete puhul, mis on vaikumisi seadistatud andmete kogumiseks.

## **IV.2 Hinnang kehtivale õigusraamistikule ja võimalik vajadus muudatuste järele**

### ***Üldine hinnang***

Töörühm leiab, et kehtiv andmekaitseraamistik hõlmab hästi läbimõeldud eeskirjade kogumit, millega on määratletud nõusoleku kehtivuse tingimused, et seda saaks kasutada andmetöötlemistoimingute seaduslikkuse tagamiseks. Nimetatud tingimusi kohaldatakse nii veebikeskkonnas kui ka mujal. Täpsemalt:

Kehtiva raamistikuga on edukalt tasakaalustatud mitu probleemi. Ühelt poolt on tagatud, et nõusolekuna käsitatakse ainult tegelikku teadlikku nõusolekut. Sellega seoses on asjakohane ja piisav artikli 2 punkt h, milles on selgesõnaliselt nõutud, et nõusolek peab olema vabatahtlik, konkreetne ja teadlik. Teiselt poolt ei ole kõnealune nõue rangelt piirav, vaid võimaldab piisavat paindlikkust, vältides tehnoloogiliselt spetsiifilisi eeskirju. Seda illustreerib nimetatud artikli 2 punkt h, milles on nõusolek määratletud isiku tahteavaldusena. See võimaldab küllaldaselt tegutsemisruumi seoses asjaomase tahteavalduse esitamise võimalike viisiga. Artiklid 7 ja 8, milles nõutakse vastavalt nõusoleku ühemõttelisust ja selgesõnalisust, kajastavad hästi vajadust saavutada nende kahe küsimuse vaheline tasakaal, võimaldades paindlikkust ja vältides liiga rangeid struktuure, kuid tagades samas kaitse.

Selle tulemus on õigusraamistik, mille nõuetekohase kohaldamise ja rakendamise korral on võimalik pidada sammu mitmesuguste andmetöötlustoimingutega, mis tulenevad sageli tehnoloogilistest arengutest.

Tegelikuses ei ole nõusoleku vajalikkuse ning eriti kehtiva nõusoleku tingimuste, sealhulgas nende konkreetse kohaldamise viiside kindlakstegemine aga lihtne, sest olukord ei ole liikmesriikides ühesugune. Nõusoleku nõude rakendamine riikide tasandil on kaasa toonud erinevad lähenemisviisid. Artikli 29 töörühma arutelude käigus, mille tulemusel käesolev arvamus koostati, tehti kindlaks ka konkreetsed puudused, mida kirjeldatakse alljärgnevalt lähemalt.

### ***Võimalikud muudatused***

- Ühemõttelise nõusoleku mõiste aitab luua süsteemi, mis ei oleks liiga jäik, kuid tagaks põhjaliku kaitse. Kuigi asjaomase mõiste najal oleks potentsiaalselt võimalik luua mõistlik süsteem, mõistetakse selle tähendust sageli valesti või ei pöörata sellele lihtsalt tähelepanu. Eespool arutatud ilmingud ja näited peaksid küll aitama kaasa õiguskindluse tõhustamisele ja üksikisikute õiguste kaitsele nõusoleku õigusliku alusena kasutamise puhul, kuid kirjeldatud olukord nõuab siiski ilmselgelt teatavaid muudatusi.
- Eelkõige leiab artikli 29 töörühm, et üldise andmekaitseraamistiku läbivaatamise käigus tuleks täpsemalt selgitada sõnastust ennast („ühemõtteline”). Selgitamise käigus peaks rõhutama, et ühemõttelise nõusoleku puhul tuleb kasutada vahendeid, mis ei jäta mingeid kahtlusi isiku kavatsuse suhtes nõusolek anda. Samas tuleks teha selgeks, et selliste vaikeseadete kasutamise näol, mida isik peab töötlemisest

keeldumiseks muutma (tegevusetusel põhinev nõusolek), ei ole tegemist ühemõttelise nõusolekuga. Selline olukord esineb eelkõige veebikeskkonnas.

- Lisaks eespool kirjeldatud selgitusele esitab artikli 29 töörihm järgmised soovitusel.
  - i. *Esiteks* tuleks artikli 2 punktis h esitatud nõusoleku määratlusse lisada sõna „ühemõtteline” (või samaväärne väljend) kinnistamiseks arusaamist, et kehtiv on ainult nõustumist väljendaval avaldusel või tegevusetusel põhinev nõusolek. Lisaks suuremale selgusele viiks see artikli 2 punktis h esitatud nõusoleku mõiste kooskõlla artikli 7 kohaste kehtiva nõusoleku tingimustega. Lisaks sellele võiks tulevase õigusraamistiku põhjendustes lähemalt selgitada sõna „ühemõtteline” tähendust.
  - ii. *Teiseks* peaksid vastutavad andmetöötajad olema oma üldise aruandekohustuse raames võimelised nõusoleku saamist tõendada. Tõepoolest, kui tugevdada tõendamiskohustust ja nõuda vastutavatelt andmetöötajatelt nõusoleku tegeliku saamise tõendamist, on nad sunnitud kehtestama standardmenetlused ja -vahendid ühemõttelise nõusoleku taotlemiseks ja tõendamiseks. Nimetatud vahendite liik sõltub kontekstist ning neis tuleb võtta arvesse töötlemise asjaolusid ja eelkõige sellega kaasnevat riski.
- Artikli 29 töörihm ei ole veendunud, et õigusraamistikus tuleks kõikide töötlemistoimingute liikide, sealhulgas praegu direktiivi artikliga 7 hõlmatud toimingute puhul üldreeglina nõuda selgesõnalist nõusolekut. Töörihm leiab, et nõutav standard peaks jätkuvalt olema ühemõtteline nõusolek, mille alla kuulub nii selgesõnaline nõusolek kui ka ühemõttelisest *tegevusest* tulenev nõusolek. Selline valik annab vastutavatele andmetöötajatele nõusoleku saamisel suurema paindlikkuse ning menetlus tervikuna võib olla kiirem ja kasutajasõbralikum.
- Mitu nõusoleku suhtes kohaldatavat õigusraamistiku tahku on tuletatud sõnastuse või õigusliku kujunemise põhjal või on need välja töötatud kohtupraktika või artikli 29 töörihma arvamuste kaudu. Selliste tahkude sõnaselge nimetamine uues andmekaitseraamistikus tagaks suurema õiguskindluse. Kaaluda võiks järgmist:
  - i. lisada sõnaselge säte, millega kehtestatakse üksikisiku õigus oma nõusolek tagasi võtta;
  - ii. tugevdada arusaamist, et nõusolek tuleb anda enne töötlemise algust või enne andmete edasist kasutamist eesmärgil, mida algne nõusolek ei hõlmanud, kui töötlemiseks ei ole muud õiguslikku alust;
  - iii. lisada sõnaselged nõuded seoses teabe kvaliteediga (kohustus anda andmete töötlemise kohta hõlpsalt mõistetavat ning selges ja lihtsas keeles esitatud teavet) ja kättesaadavusega (kohustus tagada, et teave on varjamatu, silmapaistev ja otseselt juurdepääsetav). See on äärmiselt tähtis, et võimaldada isikutel teha teadlikke otsuseid.
- Õigusvõimeta isikutega seoses võiks ette näha tõhusamat kaitset tagavad sätted, sealhulgas:

- i. selgitada asjaolusid, mille puhul nõutakse nõusolekut õigusvõimeta isiku vanematelt või esindajatelt, täpsustades muu hulgas vanusekünnise, alla mille on sellise nõusoleku saamine kohustuslik;
- ii. kehtestada kohustus kasutada vanuse kindlakstegemise vahendeid, mis võivad olla erinevad sõltuvalt sellistest teguritest nagu lapse vanus, töötlemise liik, eriliste riskide esinemine ning asjaolu, kas vastutav andmetöötaja jätab teabe endale või teeb selle kättesaadavaks kolmandatele isikutele;
- iii. nõue kohandada teave lastele sobilikuks, kui võrd seeläbi oleks lastel hõlpsam mõista, mida toob kaasa nende käest andmete kogumine, ja seega anda selleks nõusolek;
- iv. konkreetsed kaitsemeetmed selliste andmetöötlustoimingute (näiteks käitumispõhise reklaami) kindlakstegemiseks, mille puhul ei tohiks nõusolek olla üks võimalik isikuandmete töötlemise seaduslikkuse tagamise alus.

Artikli 29 töörühm jätkab nõusoleku küsimuse käsitlemist. Eelkõige võivad nii riiklikud andmekaitseasutused kui ka töörühm otsustada edaspidi koostada käesoleva arvamuse edasiarendamiseks suunised, milles esitatakse nõusoleku kasutamise kohta täiendavaid praktilisi näiteid.

Brüssel, 13. juuli 2011

*Töörühma nimel*

*esimees*  
*Jacob KOHNSTAMM*